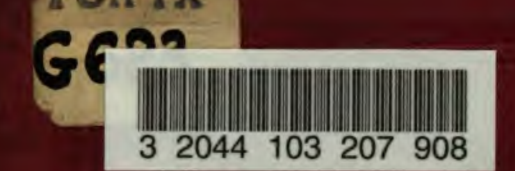

3 2044 103 207 908


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS

Germany

Die Nachlasspflegschaft

des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Pflegschaft über ein selbständiges Sondervermögen, zugleich der Versuch einer Grundlegung für eine Lehre von den

Quasipersonen.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

GENEHMIGT VON DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

KÖNIGLICHEN FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

UND

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

ÖFFENTLICH ZU VERTEIDIGEN

Am 11. März 1905 um 11½ Uhr Vormittags

in der Aula der Universität

VON

Hans Goldschmidt

Referendar in Berlin.

OPPONENTEN:

Herr Dr. jur. Paul von Hartmann, Referendar in Gr.-Lichterfelde.
Herr Dr. jur. Otto Sobernheim, Referendar in Berlin.
Herr Werner Schulze, Referendar in Berlin.

Berlin 1905.

Druck von E. Ebering.

Mittelstrasse 29.



Mit Genehmigung der hohen Fakultät erscheint nur ein Teil der eingereichten Arbeit als Dissertation. Die ganze Abhandlung, deren Inhaltsangabe auf Seite 7 bis 10 abgedruckt ist, wird als Heft 29 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Studien im Verlage von E. Ebering, Berlin NW. 7, erscheinen.

Dem Andenken meines Vaters.

Disposition.

Einleitung § 1

Erster Hauptteil: Vormundschaft, Pflegschaft und Nachlasspflegschaft §§ 2, 3

Zweiter Hauptteil: Ist die Nachlasspflegschaft eine Personen- oder eine Vermögenspflegschaft?

Erster Abschnitt: Personen- und Vermögenspflegschaft

I. Kapitel: Grenzen beider Begriffe §§ 4—7

II. Kapitel: Die nähere Konstruktion der Personen- und der Vermögenspflegschaft § 8

Zweiter Abschnitt: § 1960 BGB. und der hier vertretene Standpunkt § 9

Dritter Abschnitt: Der Stand der Ansichten über die Frage § 10

Vierter Abschnitt: Die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft

I. Kapitel: Historischer und rechtsvergleichender Beweis

A. Einführung § 11

B. Römisches Recht § 12

C. Aelteres deutsches Recht

1. Allgemeines §§ 13, 14

2. Landrechtsbücher § 15

3. Stadtrechte

a. Nieder- und mitteldeutsche § 16
b. Oberdeutsche § 17
4. Anhang zum deutschen Recht: das jütische Low § 18
D. Das gemeine Recht und die Rechtsbildungen auf seiner Grundlage
1. Im allgemeinen § 19
2. Das gemeine Recht in Sachsen und Hessen § 20
3. Kodifikationen auf gemeinrechtlicher Grundlage § 21
E. Preussisches Recht
1. Allgemeines Landrecht § 22
2. Vormundschaftsordnung § 23
F. Code civil und Codice civile del regno d'Italia §§ 24, 25
G. Modernes deutsches Recht und Schweizer Recht
1. Sächsisch-thüringisches Recht § 26
2. Schweizer Recht § 27
H. Englisches und skandinavisches Recht § 28
J. Ungarisches Recht § 29
K. Slavisches Recht (russisches Recht, bulgarisches Recht, montenegrinisches Recht) § 30
L. Ergebnis dieses Kapitels § 31
II. Kapitel: Dogmatischer Beweis
A. Widerlegung der wichtigsten Gegengründe § 32
B. Die für die vertretene Ansicht sprechenden Gründe
1. Zur Methode § 33
2. Allgemeinere Erwägung § 34
3. Ueber die Bedeutung der hereditas jacens für unsere Untersuchung § 35
4. Speziellere Untersuchung. Diese zerfällt in sechs Punkte, der letzte ist vierfach gegliedert §§ 36—41

Dritter Hauptteil: Welche nähere Form der Vermögenspflegschaft ist die Nachlasspflegschaft? § 42

Erster Abschnitt: Die hier in Frage kommende nähere Form ist jedenfalls eine privatrechtliche § 43

Zweiter Abschnitt: Die Nachlasspflegschaft ist eine Pflegschaft über ein selbständiges Sondervermögen

I. Kapitel: Ueber die Vertretereigenschaft des Nachlasspflegers § 44

II. Kapitel: Eigentliche Beweisführung

A. Hellwigs Theorie § 45

B. Die Lehre von den Quasipersonen, behandelt durch die Gegenüberstellung mit den wirklichen Personen

1. Der Begriff der Quasipersonen. Die Art, ihn zu entwickeln §§ 46—48

2. Kurze Uebersicht über die Personenlehre §§ 49—50

3. Die Lehre von den Quasipersonen

a. Grundlegung und Bedürfnis einer solchen Lehre § 51

b. Literatur § 52

c. Es kann Quasipersonen geben (mit Rücksicht auf das grosse Prinzip der „gleichen Behandlung trotz Wesensungleichheit“ im Gegensatz zur „gleichen Behandlung auf Grund von Wesensgleichheit“) § 53

d. Die Bestimmungen im geltenden Recht, welche das Vorhandensein von Quasipersonen erkennen lassen § 54

e. Die Erfordernisse der Quasipersönlichkeit §§ 55—57

f. Uebersicht über die Quasipersonen im

Einzelnen, 3 Gruppen analog den Einzelpersonen, den Körperschaften (selbständige Personenmehrheiten) und den Stiftungen (selbständige Sondervermögen) §§ 58—61
C. Ergebnis § 62

Einleitung.

§ 1.

Wie der gewählte Titel ergibt, ist es der eigentliche Zweck der vorliegenden Abhandlung, das Wesen der Nachlasspflegschaft des BGB. § 1960 ff. festzustellen.

Bei dem eingenommenen Standpunkt liegt es in der Natur der zu seiner Begründung erforderlichen Ausführungen, dass Fragen aufgeworfen und behandelt werden müssen, deren Bedeutung weit über diejenigen von gewöhnlichen Vorfragen einer Einzeluntersuchung hinausgeht. So ist es vor allem erforderlich, die Lehre Hellwigs von den selbständigen Sondervermögen genau zu erörtern. Diese Untersuchung führt dann zu einer bisher noch nicht aufgestellten Lehre: zu der von den Quasipersonen. Diese Lehre hat im Titel eine besondere Erwähnung gefunden.

Alle diese Erörterungen gehören streng zum Hauptthema. Dies soll bezüglich der Lehre von den Quasipersonen durch den Zusatz des Wortes „zugleich“ im Titel ausgedrückt werden. So ist es die Untersuchung der Nachlasspflegschaft, welche — weil ihre Durchführung die Lösung so wichtiger Fragen voraussetzt — eine grosse Bedeutung prinzipieller Natur besitzt.

Erster Hauptteil.

Vormundschaft, Pflegschaft und Nachlass-pflegschaft.

§ 2.

Die Nachlasspflegschaft ist, wie der Name sagt, eine Pflegschaft.

Wenn dies auch — so vor allem von Dernburg[1] — bestritten wird, so ist es doch herrschende Ansicht;[2] und zwar u. E. mit Recht. Dafür spricht zunächst die Entwicklung des Instituts der Nachlasspflegschaft bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Der Entwurf I bestimmte in § 2060:

> „Auf die Nachlasspflegschaft finden die Vorschriften über die Pflegschaft Anwendung, soweit nicht . . . ein Anderes bestimmt ist“.

Der Wortlaut dieses Paragraphen sprach dafür, dass die Nachlasspflegschaft keine eigentliche Pflegschaft sei, sondern dass nur die Bestimmungen derselben Anwendung fänden.[3] Gemeint war dies wohl nicht, wie auch aus den

---

1. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht, Bd. IV S. 406. Er betont, dass die Nachlasspflegschaft im BGB Buch V behandelt wird. Vgl. hierzu auch Fuchs, Deutsch. Vormundschaftsrecht, S. 269, und Philler, Das Vormundschaftsrecht des BGB, Vorbemerkung vor § 1909.

2. Vgl. Planck, Kommentar zum BGB, Vorbemerkung vor § 1942 III, 5 b.

3. Ueber den Unterschied, der darin liegt, vgl. unten § 53.

Motiven hervorgeht.[4] Um jedes Missverständnis zu vermeiden, wurde dann in der II. Kommission — genauer, in der Redaktionskommission — die Vorschrift des § 2060 als selbstverständlich gestrichen.[5] Hierbei war, wie aus den Protokollen[6] ersichtlich ist, gerade auch die Erwägung massgebend, dass die Nachlasspflegschaft ihrem Wesen nach eine Pflegschaft sei.

Aber auch ganz abgesehen von dieser Entstehungsgeschichte muss man zu demselben Ergebnis gelangen.

Erstens ist es bei der technischen Vervollkommnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht ohne die zwingendsten Gründe vorauszusetzen, dass zwei grundsätzlich verschieden geartete Institute denselben Namen führen; wäre dies doch ein schwerer Fehler der Gesetzestechnik.

Zweitens[7] spricht dafür auch der materielle Inhalt des Gesetzes. Der § 1962 BGB. bestimmt, dass für die Nachlasspflegschaft an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlassgericht tritt. Die Worte „an die Stelle des Vormundschaftsgerichts" wären nicht verständlich, wenn die Nachlasspflegschaft nicht sonst als Pflegschaft betrachtet würde; denn nur infolge dieser Auffassung wäre das Vormundschaftsgericht an sich zuständig, und bedarf es einer solchen, sich selbst als Ausnahme bezeichnenden Bestimmung, wie der des § 1962.[8]

---

4. Motive z. Entw. I BGB Bd. V S. 548: „Da die Nachlasspflegschaft eine cura personae, nicht eine cura rei ist, müssen die Vorschriften der §§ 1738 ff im allgemeinen auf diese Pflegschaften anwendbar sein." Daraus geht hervor, dass der Grund der Anwendbarkeit darin liegt, dass die Nachlasspflegschaft mit den Pflegschaften der §§ 1738 ff gleichen Charakter hat.

5. Vgl. dagegen Motive, a. a. O. in Bezug auf die Bestimmung des Entwurfs I, § 2060: „Dies auszusprechen, ist nicht überflüssig".

6. Vgl. Prot. II zum BGB Bd. V S. 667.

7. Vgl. hierzu Planck, a. a. O. Vorbemerkung vor § 1942 III, 5 b.

8. Die beiden hier angestellten Erwägungen finden sich auch in etwas anderer Form schon in den Protokollen II a. a. O.

Hiermit ist nun aber noch keineswegs gesagt, dass auch die Nachlasspflegschaft eine Pflegschaft wie jede andere ist. Vielmehr wird man mit den Protokollen[9] annehmen, dass sich daraus, dass die Nachlasspflegschaft für einen Nachlass angeordnet wird, etwas besonderes ergeben kann.

Auf die Pflegschaft finden kraft gesetzlicher Bestimmung — § 1915 BGB. — die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Aber auch dies gilt, wie desgleichen ausdrücklich bestimmt ist, nur soweit sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt. Da diese Voraussetzung nicht nur zutrifft, wenn ausdrücklich eine abweichende Anordnung getroffen ist,[10] sondern auch schon, wenn sich aus dem Sinn einer Bestimmung der Vormundschaft ihre Unanwendbarkeit auf die Pflegschaft ergibt, so ist auch hier wieder von Fall zu Fall zu prüfen.[11]

So ist also durch die Tatsache, dass generell die Vorschriften der Vormundschaft auch für die Nachlasspflegschaft Anwendung finden, die Konstruktion dieses Instituts wenig erleichtert.[12] Man muss stets prüfen, ob nicht die Vorschriften der Vormundschaft für die Pflegschaft überhaupt unanwendbar sind,[13] und die Nachlasspflegschaft als eine besondere Art der Pflegschaft kann dann unter Umständen noch ihre weiteren Besonderheiten haben.[14]

---

9. Vgl. Prot. II a. a. O.

10. Vgl. Planck, a. a. O. zu § 1915 No. 2.

11. Die Prüfung findet also dann auch hier wieder in der Weise statt, dass im Zweifel die Vorschriften der Vormundschaft zur Anwendung kommen; das geht aus der Fassung des § 1915 hervor. Das praktische Ergebnis ist also das gleiche, als wenn die Pflegschaft eine Vormundschaft wäre. Vgl. jedoch S. 95.

12. Deshalb dürfte es auch wohl im allgemeinen nicht möglich sein, aus den Vorschriften über die Vormundschaft ohne weiteres Folgerungen für die Nachlasspflegschaft zu ziehen, wie es z. B. Binder, Rechtsstellung des Erben nach BGB Bd. I, S. 197 tut.

13. Böhm, Das Vormundschaftsrecht des BGB S. 192 vertritt etwa den gleichen Standpunkt.

14. Einen wesentlichen Unterschied zwischen Vormundschaft und

Immerhin ist folgendes festzuhalten.

Will man überhaupt sagen, dass die Nachlasspflegschaft eine Pflegschaft ist, will man jene also unter diesen grösseren Begriff subsumieren, so müssen doch wenigstens alle Wesensmerkmale gemeinsam sein. Mag die Nachlasspflegschaft in allen Einzelheiten noch so viele Besonderheiten haben, so können diese doch nie das Wesen berühren; denn sonst wäre die Nachlasspflegschaft keine Pflegschaft.

Nicht so weit ist für das Verhältnis zwischen Pflegschaft und Vormundschaft zu gehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch schreibt „entsprechende Anwendung" vor. Eine derartige „entsprechende Anwendung" setzt einerseits voraus, dass die betreffenden beiden Rechtsinstitute etwas Gemeinsames, ein tertium comparationis haben, andererseits in irgend einer wesentlichen Beziehung von einander abweichen.[15]

Wenn nun aber wie hier — grundsätzlich wenigstens — alle Vorschriften eines Instituts für ein anderes entsprechende Anwendung finden, so muss das Gemeinsame sehr bedeutend sein. Wenn auch nicht alle wesentlichen Merkmale[16] übereinstimmen, so muss doch wenigstens das Grundprinzip das gleiche sein. Dieses wird bei der Vormundschaft und Pflegschaft um so mehr der Fall sein, als beide unter dem grossen Abschnitt „Vormundschaft" im Gesetz zusammengefasst sind. Dass der Name des einen Instituts als gemeinsame Oberrubrik gewählt ist, lässt auf eine ausserordentlich nahe Verwandtschaft beider Institute schliessen.

Pflegschaft macht Böhm, a. a. O. S. 39 z. B., insoweit er diese nicht wie jene auf physische Personen beschränkt sein lässt.

15. Dass eine solche „entsprechende Anwendung" ausserdem noch eine andere Voraussetzung hat, kommt hier nicht in Frage. Vgl. hierüber später § 57.

16. Inwieweit hierin zwischen Vormundschaft und Pflegschaft eine Abweichung stattfindet und stattfinden kann, wird sich gleich ten zeigen.

Somit steht trotz aller möglichen Verschiedenheiten fest, dass Vormundschaft, Pflegschaft und damit auch Nachlasspflegschaft ein gemeinsames Grundprinzip haben.

§ 3.

Dieses gemeinsame Grundprinzip lässt sich, da immer auf die Vormundschaft zurückgegangen werden muss, am besten aus dem grundlegenden Paragraphen der Vormundschaft ableiten. Es ist dies der § 1793, welcher bestimmt:

> „Der Vormund hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten."

Danach ist also die Fürsorge für den zu Bevormundenden jedenfalls das erste Grundprinzip der Vormundschaft.

Bei der Frage nach der Bedeutung der Worte „insbesondere den Mündel zu vertreten" ist zu entscheiden: Entweder diese Worte geben etwas Neues an, nämlich dass der Vormund ausser der Fürsorge für den Mündel diesen noch zu vertreten hat, dann hätte man ein zweites Grundprinzip der Vormundschaft. Oder aber diese Worte sollen lediglich das Recht und die Pflicht der Fürsorge weiter entwickeln, dann wären sie nur ein Ausfluss des alsdann einzigen Grundprinzips. Das letztere dürfte der Fall sein.

Dafür spricht einmal die Fassung des § 1793, das Wort „insbesondere", das lediglich das Vorhergehende weiter entwickelt und nichts Neues anführt.[1] Dafür spricht ferner

---

1. Einzelne Beispiele über den Sprachgebrauch des BGB. seien hier, soweit dies überhaupt erforderlich sein sollte, nach Gradenwitz, Wortverzeichnis zum BGB., angeführt: § 27 Abs. 2 Satz 2 „ein solcher Grund — sc. zum Widerruf — ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder . . . . ."; § 87 Abs. 2 „bei der Umwandlung des Zweckes = sc. der Stiftung ist die Absicht des Stifters tunlichst zu berücksichtigen, insbesondere dafür Sorge zu tragen . . . ." § 225 „Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist ist zulässig."

die Tatsache, dass die Vormundschaft als ein Teil des Familienrechts über Rechte einer Person gegenüber einer anderen handelt, die derart beschaffen sind, dass diese andere Person mehr oder minder in allen denkbaren Beziehungen der berechtigten unterworfen ist, welche diese ihre Macht nur zum Besten der unterworfenen ausüben darf. Bei einer derartigen Lage der Dinge ist offenbar der Ausdruck „Sorgen" als ein umfassender gewählt. Die Vertretungsmacht kann hierneben nicht als gleichberechtigt aufgeführt werden, sondern immer nur als ein Mittel zum Zweck.

Sonach ist das Recht und die Pflicht der Fürsorge das einzige Grundprinzip der Vormundschaft, damit zugleich auch der Pflegschaft[2] und mittelbar der Nachlasspflegschaft. Dies ist auch wohl die herrschende Meinung. So sagt Cosack geradezu: Die Vormundschaft „bedeutet eine Fürsorge und weiter nichts" (Lehrbuch d. deut. Bürg.R. Bd. II, S. 604; vgl. auch Böhm, a. a. O. S. 37).

Nachdem dies festgestellt ist, lassen sich für die Bedeutung der Bestimmung des § 1793 „insbesondere den Mündel zu vertreten" wieder zwei Möglichkeiten denken.

Entweder sie ist nur ein Ausfluss der Fürsorge bei der Vormundschaft oder aber sie ist ein Ausfluss jeder Fürsorge überhaupt. Im ersteren Fall hat man es im § 1793 mit einer besonderen Bestimmung zu tun, die die Vertretungsmacht als Ausfluss gerade der vormundschaftlichen Fürsorge erklärt, im zweiten Falle lediglich mit einer schon an sich selbstverständlichen Vorschrift. Im ersteren Fall wäre die Anwendbarkeit der Vorschrift auf die Pflegschaften

---

2. Dass dies Ergebnis in der Tat das richtige ist, ergiebt sich daraus, dass die §§ der Pflegschaft ebenfalls immer von „Sorgen" und „Fürsorge" sprechen. So in den §§ 1911 zweimal, 1912 zweimal, 1913, 1960 BGB. §§ 37, 40, 41 FGG. Dagegen kommen die Wörter „vertreten", „Vertreter", „Vertretung" wenigstens in den Pflegschaftsbestimmungen des BGB nicht ein einziges Mal vor. Vgl. Gradenwitz, a. a. O.

möglicherweise ausgeschlossen, im zweiten wäre dies nicht denkbar.

Es ist nun zu beachten, dass der Ausdruck „Sorgen" ein juristisch ziemlich indifferenter ist; wenigstens ist er es im Vergleich zu dem übrigen Privatrecht ausserhalb des Familienrechts, da jenes im allgemeinen präziser gefasst ist. Dass das Familienrecht sich so von dem ganzen übrigen Privatrecht unterscheidet, liegt allerdings in der Natur der Sache; es liegt daran, dass es, wie erwähnt wurde, umfassenderer Ausdrücke bedarf als das sonstige Privatrecht. So erklärt es sich, dass ein präziser einheitlicher Ausdruck, ganz besonders einer, der auch sonst im Privatrechtssystem vorkommt und daher die Eingliederung in dasselbe vermitteln würde, kaum zu finden ist. Nun wird vom Gesetz als ein Ausfluss des Rechts und der Pflicht der Fürsorge bei der Vormundschaft „insbesondere" die Vertretungsmacht bezeichnet. Und zwar geschieht dies nicht nur neuerdings im Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern war auch schon vorher wohl in allen in Deutschland geltenden Rechten der Fall, und ist es wohl desgleichen noch heute in allen ausländischen. Aus einem nach dem vorher Erwähnten begreiflichen Streben nach einem möglichst präzisen, mit dem übrigen Privatrechtssystem einen Zusammenhang vermittelnden Ausdruck erklärt es sich, dass für alle ihre Charakteristik im § 1793 findenden Personen, ja sogar auch für den Inhaber der elterlichen Gewalt bisweilen kurzweg die Bezeichnung „gesetzlicher Vertreter" gebraucht wird, um ihre gesamte Stellung zu bezeichnen. Man nimmt damit eine denominatio a potiori vor.

So begreiflich nun auch dies Bestreben sein mag, die gesetzliche Vertretungsmacht in den Vordergrund zu stellen, so erscheint es doch nicht in dieser Weise als berechtigt.

Folgendes ist zu unterscheiden: Soll jemand das Recht und die Pflicht der Fürsorge haben, so muss er auch die Möglichkeit haben, auf den Gegenstand seiner Fürsorge,

wie tatsächlich, so auch rechtlich mehr oder weniger einzuwirken. Seine Handlungen, die Rechtsgeschäfte, die er in Angelegenheiten der Fürsorge vornimmt, müssen eine gewisse Wirkung für den Gegenstand der Fürsorge haben.

Hiermit ist aber nun andererseits noch nicht ohne weiteres gesagt, dass diese Einwirkung in Gestalt der gesetzlichen Vertretung geschehen muss. So ist auch die Form denkbar, dass kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung die Verwaltungsakte Wirksamkeit für den Gegenstand der Fürsorge haben, z. B. in derselben Weise, wie es das Reichsgericht bezüglich des Konkursverwalters annimmt.[3]

Somit ergibt sich, dass die Vertretungsmacht an sich nur ein Ausfluss der vormundschaftlichen Fürsorge ist. Auf die Pflegschaft und damit die Nachlasspflegschaft ist die Vorschrift „insbesondere den Mündel zu vertreten" nur auszudehnen, wenn sich kein Hinderungsgrund entgegenstellt, wie es sich nach dem oben Gesagten bezüglich sämtlicher Bestimmungen der Vormundschaft verhält.[4] Dass im Zweifel der Pfleger gesetzlicher Vertreter ist, wird jedoch deshalb ganz besonders anzunehmen sein, weil es sich um eine sehr wichtige Bestimmung des Vormundschaftsrechts handelt.

Als notwendiges Grundprinzip der Pflegschaft und damit auch der Nachlasspflegschaft, kann aber lediglich „die Fürsorge" festgehalten werden.

---

3. Vgl. R. G. Bd. 29 S. 29 ff. Auf die Frage wird unten § 61 zurückgekommen werden.

4. Vgl. Schultetus, Vormundschaftsrecht, S. 15. Er stellt es als Regel auf, dass der Pfleger Vertreter ist, lässt aber eine Ausnahme bezüglich des § 1914 BGB zu. Vgl. auch Fuchs, a. a. O. S. 276, der selbst, wo er den Pfleger Vertreter sein lässt, ihm in vielen Fällen doch eine andere Stellung als dem Vormund insofern zuweist, als er ihn nicht gesetzlicher Vertreter sondern von Staatswegen bestellter Bevollmächtigter sein lässt. (So bezüglich des Pflegers aus § 1910.)

Zweiter Hauptteil.

Ist die Nachlasspflegschaft eine Personen- oder eine Vermögenspflegschaft?

Erster Abschnitt.

Personen- und Vermögenspflegschaft.

I. Kapitel.

Grenzen beider Begriffe.

§ 4.

Folgendes ist an die Spitze zu stellen und scharf zu betonen.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, die Nachlasspflegschaft aufzufassen. Aber alle diese Möglichkeiten zerfallen in zwei Hauptgruppen: Personenpflegschaften und Vermögenspflegschaften.[1] Der Einteilungsgrund ist dabei die Frage, wozu der Pfleger juristisch in Beziehung zu setzen ist, zur Person, dem Erben, indem er dessen Vermögen verwaltet, oder zum Vermögen,[2] dem Nachlass; in dem einen Fall hat

1. Gewöhnlich spricht man von „Sachpflegschaft“ (cura rei). Dieser Ausdruck erscheint jedoch mit Rücksicht auf § 90 BGB als zu eng, da die Pflegschaft sich auch auf andere Vermögenstücke als auf körperliche Gegenstände erstrecken kann.

2. Vgl. Kipp bei Windscheid, Bd. III S. 172: „Es giebt Fälle, in welchen von Seiten des Staates eine Fürsorge . . . . . für ein bestimmtes Vermögen als solches angeordnet wird.“ Ausserordentlich gut lässt sich auch der Gegensatz aus dem § 266 Abs. 1 No. 1 St. G. B. erkennen. Dort ist von Kuratoren etc. gesprochen, welche „absichtlich zum Nachteile der ihnen anvertrauten Personen oder Sachen handeln.“

er für den Erben zu sorgen, in dem andern Fall für den Nachlass.

Binder hat es, wenn auch nicht direkt geleugnet, so doch als „fraglich" erklärt, „ob auf diesem Gegensatz eine praktisch erhebliche Unterscheidung gegründet werden kann". Denn „schliesslich ist alles Vermögen ausser dem reinen Zweckvermögen um der Personen willen da".[3] Er meint also offenbar — wie auch aus dem Folgenden hervorgeht —, dass der Nachlass um der Erben willen vorhanden sei. So kommt er zu dem Schluss, dass der Gegensatz sich vielleicht nur „in der Verschiedenheit des Rubrums der Aktendeckel des Vormundschaftsgerichts äussert".

Dem kann nicht beigepflichtet werden.

Jeder Vermögensinbegriff hat zunächst schon noch eine ganz andere Bedeutung als „Herrschaftsgebiet der Person"[4] zu sein. Er repräsentiert nämlich einen Teil des Nationalvermögens.[5]

Hiermit verhält es sich so: Das Vermögen des Einzelnen ist zunächst natürlich und zwar vornehmlich Herrschaftsgebiet seines Subjekts. Es ist dessen Willen unterworfen und ist seinem Wesen nach „Machterweiterung, also Sicherung und Erhöhung der freien Tätigkeit", wie Savigny sagt.[6]

Ausserdem gehört das Vermögen aller Einzelnen aber zu einem grossen Ganzen, dem Nationalvermögen, oder wie der wissenschaftliche Ausdruck lautet, dem „Volksvermögen". Dieser Ausdruck „Volksvermögen" ist kein juristisch korrekter. Das Volksvermögen gehört nicht dem Volke, wie das Vermögen des Einzelnen dem Einzelnen. Um Verwirrung

---

3. Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach BGB Bd. I S. 186.

4. Binder, ebenda.

5. Den Gesichtspunkt des Nachlasses als eines Teils des Nationalvermögens hat auch Laurent, Principes du droit civil, Tome 10 pag. 192 aufgestellt. „L'intérêt général s'oppose à ce que les biens qui font partie de la richesse nationale dépérissent."

6. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. II S. 238.

zu vermeiden, sollte man daher lieber von dem „Volksreichtum“ sprechen, wie Lexis mit Recht sagt,[7] „da unter Reichtum einfach eine Summe von Gütern ohne Rücksicht auf einen bestimmten Eigentümer verstanden werden kann“. Wie dem nun auch sei, jedenfalls kann das Vermögen des Einzelnen noch als ein Teil eines grösseren Ganzen aufgefasst werden. Dann kann aber der Staat die Fürsorge für einen Vermögensinbegriff lediglich unter dem Gesichtspunkt anordnen, dass er einen Teil dieses grösseren Ganzen zweckmässig verwaltet sehen will, ohne Rücksicht auf den individuellen Berechtigten.

Eine andere Frage ist es natürlich, wie oft der Staat diesen immerhin besonderen Gesichtspunkt zu Grunde legen wird. Die Frage, wie oft er unter diesem Gesichtspunkt eine Vermögenspflegschaft anordnen wird, ist nur eine Teilfrage der grösseren, wie oft er überhaupt das Vermögen unter dem Gesichtspunkt des National- resp. Volksvermögens behandeln wird.

Dies hängt bis zu einem gewissen Grade von den volkswirtschaftlichen Grundanschauungen der Zeit ab, es hängt davon ab, ob der Individualismus vorherrscht oder nicht.

In den Zeiten des Merkantilismus und der Theorie von der günstigen Handelsbilanz spielt das Vermögen als solches eine grosse Rolle. Da in dieser Zeit alle staatsmännische Klugheit darauf gerichtet ist, möglichst viel von allen Gütern zu haben, so ist es nicht wunderbar, dass der Staat ausserordentlich geneigt ist, das Vermögen einer unmittelbaren besonderen juristischen Behandlung zu unterwerfen.

Der Staat, der ununterbrochen darauf sinnt, das Volksvermögen durch Zufuhr von aussen zu vergrössern, kann es nicht ruhig ansehen, wenn das Volksvermögen, das Eigen-

---

7. Vgl. den Art. „Volksvermögen“ von Lexis im Elsterschen Wörterbuch der Volkswirtschaft, Bd. II S. 815.

tum der Einzelnen ist, durch Vernachlässigung zu Grunde geht. So erklären sich die zahlreichen in das Privateigentum tief eingreifenden Massregeln der absoluten Zeit. Als das treffendste Beispiel hierfür seien die warnenden Worte Friedrichs d. Gr. an jenen seine Wirtschaft vernachlässigenden Wirt angeführt:

> „S. K. M. von Preussen etc. haben höchst missfällig in Erfahrung gebracht, dass der hiesige Gastwirth Plöger ... bereits seit geraumer Zeit eine sehr schlechte und lüderliche Wirthschaft führet. Und befehlen daher dero Magistrat zu Potsdam hierdurch den Plöger sogleich vorzukriegen ...“

Eventuell würde S. K. M. den ... Plöger nach Spandau schicken und sein Haus an dessen Kreditor weggeben.[8]

Die Zeit der sogenannten liberalen Schule der Nationalökonomie muss natürlich gerade den umgekehrten Standpunkt einnehmen.[9] Wird es doch in dieser Periode als die Pflicht des Staates betrachtet, ein möglichst freies Spiel der Kräfte zu gewähren (laisser faire, laisser aller) und daher den Einzelnen möglichst wenig einzuschränken.

Was nun, worauf es hier besonders ankommt, die Stellung der heutigen Zeit zu der behandelten Frage betrifft, so ist wohl zu sagen, dass sie eine Mittelstellung einnimmt. Der Staat greift ein, soweit es nötig ist, aber er greift nur sehr zögernd ein; der Staat behandelt das Vermögen des Einzelnen nur dann als einen Teil des Volksvermögens, wenn sich das aus ganz besonderen Gründen rechtfertigen lässt. Er tut das einerseits nicht so leicht wie in der merkantilistischen, andererseits auch nicht derartig mit Widerstreben wie in der liberalen Epoche.[10]

---

8. Vgl. Preuss, Friedrich d. Gr., Bd. IV S. 271. Diese Kabinettsordre gilt als besonders bezeichnend für die Zeit. Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 39.

9. Vgl. unten S. 76.

10. Ausserdem hängt es natürlich mit der Natur des Staates als eines Rechtsstaates zusammen, dass Eingriffe in die Privatrechtssphäre im allgemeinen nur möglich sind auf Grund genereller Bestimmungen,

Eine Vermögenspflegschaft unter dem Gesichtspunkt, dass das Vermögen ein Teil des Volksvermögens ist, wird also der Staat nur anordnen, wenn ganz besondere Umstände eingetreten sind, die die vorherrschende Eigenschaft des Vermögens als Herrschaftsgebiet der Einzelnen zurücktreten lassen.

§ 5.

Aber selbst abgesehen von diesem Gesichtspunkt ist die Unterscheidung von Personen- und Vermögenspflegschaft sehr gut möglich. Der Staat kann nämlich sehr wohl auf Grund der Erwägung, dass eine derartige Ordnung der Dinge den Beteiligten am besten ist, eine Vermögenspflegschaft anordnen, indem er den betreffenden Vermögensinbegriff, insoweit dies dazu nötig ist, der Machtsphäre seines Subjektes entzieht.

Denn — dies erscheint als ein sehr wichtiger Punkt — es steht mit der Vermögenspflegschaft durchaus nicht in Widerspruch, dass durch sie den Interessen einer Person gedient werden soll. Handelt es sich darum, dies zu untersuchen, so fragt es sich zunächst: Was heisst es, für einen Vermögensinbegriff sorgen? Dies muss offenbar den Ausgangspunkt bilden. Für eine Person sorgen, heisst deren Interessen wahrnehmen. Ein Vermögensinbegriff hat aber keine Interessen. Dagegen hat jeder Vermögensinbegriff einen Zweck, wie hinsichtlich der Sachen Kohler u. E. richtig in seinem Recht der Stiftungen[1] sagt. Dieser Zweck ist bei dem Vermögensinbegriff das, was bei der Person das Interesse ist. Danach heisst: für einen Vermögensinbegriff sorgen, dessen Zweck entwickeln.[2]

---

1. Archiv für bürgerliches Recht, Bd. III S. 235.

2. Wenn der Pfleger dies nicht tut, dann handelt er zum „Nachteile“ des Vermögensinbegriffs, was der § 266 Abs. 1 No. 1 St. G. B. —

Worin besteht nun aber der Zweck eines Vermögensinbegriffs?

Da könnte man zunächst denken, der Zweck eines Vermögensinbegriffs sei stets der allgemeine wirtschaftliche, d. h. derjenige, der im wirtschaftlichen Verkehr dem Vermögensinbegriff gewöhnlich beigemessen wird. Davon kann aber schon deshalb keine Rede sein, weil hierbei ganz der Liebhaberzweck ausser Acht bleiben würde. Aber selbst von diesen Ausnahmefällen abgesehen, wäre die erwähnte Auffassung deshalb nicht richtig, weil sie verkennt, dass dem Vermögensinbegriff, dem von Natur kein Zweck innewohnt, dieser durch die Bestimmung des an ihm Berechtigten jeweils gegeben wird. Ein allgemeiner wirtschaftlicher Zweck stellt dem gegenüber lediglich das in dieser Hinsicht Typische dar und ist so der Normalfall,[3] aber keineswegs das Ursprüngliche. Es wäre aber jedenfalls falsch, etwas Abgeleitetes als das Einzige hinzustellen.

Wie schon oben erwähnt, ist jeder Vermögensinbegriff in erster Reihe Herrschaftsobjekt seines Subjekts oder er ist, falls er herrenlos ist, regelmässig bestimmt, es in Zukunft zu werden. Dies zu sein resp. zu werden[4] ist da-

---

das Wort Sache ist hier wohl nicht in der engen Bedeutung des § 90 BGB zu nehmen — als möglich anerkennt. Nur so wird es erklärt, dass ein Pfleger zum „Nachteile“ eines Vermögensinbegriffs handeln kann, trotzdem er Massnahmen trifft, die im „Interesse“ des Vermögensinbegriffs liegen würden, wenn man einmal für einen Moment ein solches anerkennt. So handelt der Pfleger einer Herde zum „Nachteile“ derselben, wenn er die dafür reifen Tiere nicht schlachten lässt. Im „Interesse“ der Herde liegt dies Schlachten nicht.

3. Wäre dieser Zweck der einzige, so wäre jeder Vermögensinbegriff nur als Teil des Volksvermögens aufzufassen.

4. Wir sagen nachher, dass der Zweck eines Vermögensinbegriffs, insofern er einer Person zu dienen bestimmt ist, identisch mit den Interessen der Person in Bezug auf diesen Vermögensinbegriff ist. Wie es künftige Rechte gibt (§ 1912 BGB), so gibt es künftige Interessen, die schon jetzt wahrzunehmen sind.

nach sein vornehmster Zweck. Nun kann ein Vermögensinbegriff noch unter Umständen gleichzeitig den Zweck haben, anderen Personen zu dienen, z. B. Befriedigungsobjekt für die Gläubiger des Subjekts zu sein.[5] In diesen Fällen ist der Zweck des Vermögensinbegriffs ein ungleich gearteter.

Es ist nur ein anderer Ausdruck, wenn man, anstatt zu sagen: ein Vermögensinbegriff hat den Zweck, einer Person zu dienen, sagt: der Vermögensinbegriff dient dem Interesse einer Person. Es ist materiell völlig dasselbe.

Somit kann auch der Vermögenspfleger, welcher den Zweck eines Vermögensinbegriffs zu entwickeln bestimmt ist, dem Interesse einer Person dienen. Insoweit die Vermögenspflegschaft darin mit der Personenpflegschaft übereinstimmt — inwieweit dies genau der Fall ist, werden wir im folgenden Paragraphen sehen —, ist sie allerdings nur eine andere juristische Konstruktion, aber doch immerhin eine solche, für dieselbe Sache.

§ 6.

Wie wir sahen, kann ein Vermögenspfleger zur Aufgabe haben:

1. das Interesse einer Person in Bezug auf einen Vermögensinbegriff wahrzunehmen,

2. ungleich geartete Interessen verschiedener Personen in Bezug auf einen Vermögensinbegriff wahrzunehmen.

Endlich lässt sich mit Rücksicht darauf, dass auch jeder Vermögensinbegriff Teil des Volksvermögens ist, in gleicher Weise anfügen:

---

5. Das wird allerdings nur vorkommen, wenn vermöge besonderer Umstände das Vermögen von seinem Herrschaftsberechtigten bis zu einem gewissen Grade losgelöst ist. Denn für gewöhnlich haben die Gläubiger mit dem Vermögen ihres Schuldners unmittelbar nichts zu tun.



3. der Vermögenspfleger kann zur Aufgabe haben, öffentliche[1] Interessen[2] in Bezug auf einen Vermögensinbegriff wahrzunehmen.

Ausserdem sind noch Kombinationen der Fälle 1. und 3., 2. und 3., nur natürlich nicht 1. und 2. denkbar.

Nachdem auf diese Weise festgestellt und noch einmal zusammengefasst ist, inwieweit eine Vermögenspflegschaft möglich erscheint, muss jetzt untersucht werden, wann eine Vermögenspflegschaft denn wirklich vorliegen wird. Eine solche Untersuchung erscheint schon um deswillen notwendig, weil Personen- und Vermögenspflegschaft scheinbar gar häufig dasselbe Ziel verfolgen und es so ganz willkürlich erscheint, welche juristische Konstruktion gewählt wird.

Die hier anzustellende Untersuchung vollzieht sich in der Weise, dass zunächst die Fälle zusammengestellt werden, in denen eine Personenpflegschaft möglich ist.

Der Personenpfleger kann zur Aufgabe haben:

1. das Interesse einer Person in Bezug auf einen Vermögensinbegriff wahrzunehmen,[3]

2. die Interessen einer Person in Bezug auf einen Vermögensinbegriff und ihre persönlichen Interessen wahrzunehmen,

3. die persönlichen Interessen einer Person wahrzunehmen.

---

1. Deshalb gehört er noch nicht ins öffentliche Recht. Vgl. unten § 43.

2. Man kann hier folgendermassen argumentieren: Der Vermögensinbegriff kann als Teil des Volksvermögens aufgefasst werden. Dann ist dies zu sein sein Zweck. Folglich dient der Pfleger öffentlichen Interessen. Uebrigens deckt sich der hier in Frage kommende Zweck mit dem oben aufgestellten allgemeinen wirtschaftlichen.

3. Dass ein Pfleger die Interessen einer Person in Bezug auf mehrere Vermögensinbegriffe wahrzunehmen hat, kann nicht vorkommen, weil mehrere Vermögensinbegriffe sich wieder zu einem neuen Vermögensinbegriff vereinigen.

§ 7.

Vergleichen wir die Aufstellungen hinsichtlich des Vermögens- und Personenpflegers, so ergibt sich, dass dieselben überhaupt nur im ersten Fall übereinstimmen.

In den Fällen 2. und 3. sowie in den Kombinationsfällen der ersten Aufstellung — vgl. S. 26 — ist nur eine Vermögenspflegschaft,[1] in den Fällen 2. und 3. der zweiten Aufstellung — vgl. S. 27 — nur eine Vermögenspflegschaft möglich.

Handelt es sich also um einen dieser Fälle, so braucht man nicht von einer Möglichkeit zu sprechen, sondern man kann geradezu mit Gewissheit behaupten, dass eine Vermögens- resp. eine Personenpflegschaft vorliegt.

Der Grund dieser Erscheinung liegt darin, dass trotz aller Gleichheit Vermögens- und Personenpflegschaft eben doch in den Ausgangspunkten — Zweck des Vermögensinbegriffs, Interesse der Person — verschieden sind, und dass der Unterschied in den Anknüpfungspunkten sich in dem Augenblick bemerkbar macht, wo die Pflegschaft sich

1. Dafür, dass eine Vermögenspflegschaft vorliegen muss, wenn der Pfleger ungleich gearteten Interessen verschiedener Personen dienen soll, spricht u. a. auch die Erwägung, dass er alsdann diesen beiden Personen verantwortlich sein wird, und dass dies, wäre er Personenpfleger, ihn in eine unmögliche Stellung hineinbringen würde. Hieraus ergeben sich zwei Folgerungen: Erstens wird dadurch in sehr vielen Fällen, sobald man nur untersucht hat, ob man es mit einer Vermögens- oder Personenpflegschaft zu tun hat, die Streitfrage entschieden, wem der Pfleger verantwortlich ist. Dies ist z. B. gerade bezüglich des Nachlasspflegers streitig. Vgl. Weissler, Das deutsche Nachlassverfahren, S. 109; Planck a. a. O. Vorbemerkung vor § 1942, III 5 c; Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB S. 323. Zweitens ist, falls eine solche Verantwortlichkeit nach zwei Seiten ausdrücklich bestimmt ist, dies ein Beweis dafür, dass man es mit einer Vermögenspflegschaft zu tun hat, und dass das Interesse der einen Person nicht nur der Indifferenzpunkt ist, bis zu dem der Pfleger einer andern Person gehen darf. Vgl. Kohler, Lehrb. (Leitf.) des Konkursrechts, S. 401 (resp. 214) bezüglich des Konkursverwalters, von dem hier dasselbe gilt wie von einem Pfleger.

nicht einheitlich gestalten soll, wo der eine der beiden möglichen Anknüpfungspunkte, wie das bei der Pflegschaft für einen Vermögensinbegriff im öffentlichen Interesse hinsichtlich des Staats[2] der Fall ist, sich als Anknüpfungspunkt nicht eignet, oder wo Interessen in Frage kommen, die nicht Vermögensinteressen sind.

Es bleibt also lediglich als zweifelhafter Fall derjenige übrig, dass es sich um eine Pflegschaft für einen Vermögensinbegriff im Interesse einer Person handelt. Alsdann wird allerdings nichts Bestimmtes zu sagen sein, ob in Wirklichkeit eine Vermögens- oder Personenpflegschaft vorliegt. Immerhin ist zu betonen, dass hier die Wahrscheinlichkeit für eine Personenpflegschaft spricht. Es wird daher stets besonders nachzuweisen sein, dass die betreffende Pflegschaft als eine Vermögenspflegschaft aufzufassen ist.

II. Kapitel.

Die nähere Konstruktion der Personen- und der Vermögenspflegschaft.

§ 8.

Es sind schon hier einige wenige Worte über die mögliche nähere Konstruktion der Personen- und der Vermögenspflegschaft zu sagen.

Ist eine Pflegschaft Personenpflegschaft, so kann ihre nähere juristische Konstruktion nicht zweifelhaft sein. Der Pfleger ist dann gesetzlicher Vertreter des Pfleglings; denn

---

2. Der Staat im öffentlichrechtlichen Sinne müsste hier der Anknüpfungspunkt für eine Personenpflegschaft sein, nicht etwa der Fiskus. Handelt es sich doch nicht um Staatsvermögen im eigentlichen Sinne sondern — wie oben erwähnt — eben um Volksvermögen.

die andere Möglichkeit, dass der Pfleger im eigenen Namen, aber mit Wirkung für den Pflegling handelt, „entspricht — wie Binder u. E. richtig bemerkt — nicht der Auffassung des Gesetzes“.[1]

Die Vermutung, dass der Pfleger Vertreter ist,[2] wird hier — weil dies die einzig mögliche Form ist — Gewissheit, und so kann man Personenpfleger und gesetzlicher Vertreter der Person als gleichbedeutend gebrauchen.

Ist eine Pflegschaft eine Vermögenspflegschaft, so ist zu sagen: Der Vermögenspflegschaft als solcher begrifflich wesentlich ist nur, dass das Vermögen von dem übrigen Vermögen seines Subjekts — wenn ein solches vorhanden ist — getrennt und einer besonderen Verwaltung unterstellt ist.[3]

Im einzelnen sind dann hauptsächlich zwei Konstruktionen der Vermögenspflegschaft denkbar.[4] Entweder man behandelt das Vermögen rein als Objekt und den Pfleger als staatliches Organ, oder man personifiziert das Vermögen mehr oder weniger und betrachtet den Pfleger als sein Organ.[5] Hat man also ermittelt, dass eine Pflegschaft Vermögenspflegschaft ist, so ist damit noch kein endgültiges Ergebnis gefunden.

Es soll im vorliegenden Hauptteil zunächst untersucht werden, ob die Nachlasspflegschaft eine Personen- oder Vermögenspflegschaft ist. Daher darf hier nicht weiter auf die näheren Konstruktionen der Vermögenspflegschaft einge-

---

1. Binder, a. a. O. Bd. I. S. 188.

2. Vgl. oben § 3.

3. Das sind etwa dieselben Erfordernisse, wie sie Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts S. 295 für die „selbständigen Sondervermögen“ aufstellt.

4. Wir lassen es dahingestellt, ob noch Mittelformen denkbar sind.

5. Auch Hellwig, C. P. S. 299 Anm. 26, und S. 306 Anm. 24 gebraucht den Ausdruck cura rei, wofür wir Vermögenspflegschaft sagen — als einen diese beiden Möglichkeiten deckenden.

gangen werden. Hierzu wird sich später, wie vorausgreifend bemerkt werden mag, Gelegenheit bieten.

Zweiter Abschnitt.

§ 1960 BGB und der hier vertretene Standpunkt.

§ 9.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sagt ausdrücklich im § 1960 Abs. 2:

„Das Nachlassgericht kann . . . . für denjenigen, welcher Erbe wird, einen Pfleger (Nachlasspfleger) bestellen."

Diese Bestimmung spricht dafür, dass die Nachlasspflegschaft eine Personenpflegschaft ist.

Dass diese Bestimmung diesen Sinn hat, leugnet Binder[1] a. a. O. Er weist auf den Unterschied zwischen der Fassung des § 2059 des Entwurfs I und des § 1960 hin. Im ersteren stehen nämlich die Worte „der Erbe sein wird," während im letzteren sich eben die Fassung findet „welcher Erbe wird." Nur für den ersteren Paragraphen will er zugeben, dass er für eine Personenpflegschaft spreche. Für den § 1960 zieht er aber aus der Fassung und aus der Tatsache, dass nach Bürgerlichem Gesetzbuch der Satz gilt, der Tote erbt den Lebendigen, folgenden Schluss.[2] Nach dem Wortlaut würde die Bestellung nur für den, welcher infolge der Ausschlagung des Erstberufenen Erbe wird, erfolgen, nicht aber für den

---

1. Trotzdem er sogar sonst die Nachlasspflegschaft als Personenpflegschaft auffasst.

2. Binder, a. a. O. Bd. I S. 192/3.

einstweilen Berufenen, denn dieser wird nicht etwa durch die Annahme Erbe, sondern er ist es schon. Hieraus folgert er weiter, dass der Pfleger eigentlich als Vertreter des nach dem Erstberufenen berufenen Erben aufgefasst werden müsse, und da dies unmöglich sei, schliesst er, dass der § 1960 nur besagen solle, das Interesse dieses „später eventuell berufenen“ Erben solle gewahrt werden.[3]

Hiergegen lässt sich anführen, dass das Wort „wird“ nicht Futurum,[4] sondern Präsens ist. Binders Argumentation aber beruht u. E. darauf, dass er diesen Begriff als etwas Zukünftiges bezeichnend betrachtet. Dies geht vor allem auch daraus hervor, dass er, als er den Schluss aus seiner Erörterung gezogen hat, erläuternd hinzufügt:[5] „daran, dass die Erbschaft dem, der Erbe werden wird, ganz und unversehrt zufalle, besteht auch ein allgemeines Interesse.“ Hier gebraucht Binder das Futurum „werden wird“,[6] um damit dasselbe auszudrücken, was er mit dem Worte „wird“ in den von uns oben zitierten Sätzen ausgedrückt hat und vom Gesetz im § 1960 ausgedrückt glaubt.

Das Wort „wird“ ist also Präsens. Es bezeichnet zwar den Eintritt[7] eines Ereignisses, aber den gegenwärtigen. Wollte man die Wortinterpretation auf die Spitze treiben, so müsste man folgendermassen interpretieren. Der Nebensatz,

---

3. a. a. O. Bd. I S. 194.

4. Dass man im gewöhnlichen Sprachgebrauch „wird“ oft an Stelle von „werden wird“ gebraucht, kommt hier nicht in Betracht. Will man schon eine derartige Textinterpretation anstellen, so ist die Grammatik massgebend.

5. a. a. O. Bd. I S. 194.

6. So geradezu Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlassbehandlung, Bd. III S. 631. „Der Nachlasspfleger ist gesetzlicher Vertreter desjenigen, der Erbe werden wird.“

7. Dass das Wort den Eintritt eines Ereignisses, nicht einen Zustand bedeutet, beweisst nichts. Es gibt natürlich einmal den Moment, wo derjenige, der früher nicht Erbe war, Erbe „wird“. Es kommt nur darauf an, wann der Eintritt angenommen wird.

in dem das Wort „wird“ vorkommt, ist gleichzeitig mit dem Hauptsatz „Das Nachlassgericht kann bestellen“. Da nun das Nachlassgericht sofort beim Erbfall den Nachlasspfleger bestellen kann, ist dies auch der Zeitpunkt, den das Wort „wird“ bezeichnet. Zu demselben Ergebnis käme man, wenn man ganz einfach die Worte „durch den Erbfall“ ergänzt. Das Richtige ist wohl folgendes. Das Präsens „wird“ ist gebraucht, um einen möglichst farblosen Ausdruck zu haben. Es soll gewissermassen nach jeder Hinsicht in diesen so schwierigen Fragen vermitteln und ist durch die Redaktionskommission[8] als das nach der Sachlage geeignetste Wort eingeführt. In Widerspruch mit dem Prinzip, dass der Tote den Lebendigen erbt, setzt es sich nicht.[9]

Stehen aber diese von Binder gemachten Erwägungen nicht entgegen, so ist der Paragraph so aufzufassen, wie es der Wortlaut ergibt: Der Pfleger vertritt den Erben.[10]

Im Anschluss an den § 2059 des Entwurfs I sprechen die Motive es aus, dass der Entwurf „eine cura personae, nicht rei“ annimmt. Ja, die Redaktoren[11] des Entwurfs haben den § 2059 so gestaltet, um zu zeigen, wie nach ihrer Meinung die Nachlasspflegschaft aufgefasst werden müsse. Alles dies gilt auch[12] für den § 1960 in seiner heutigen Fassung. Durch ihn hat also auch der Gesetzgeber, indem er eine

---

8. In dem „Entwurf e. BGB f. d. D. Reich, II. Lesung nach den Beschlüssen der Redaktionskommision“ finden wir es zum 1. Male im § 1837.

9. Dieselbe Wendung „welcher Erbe wird,“ findet sich auch im § 1959 Abs. 1 BGB. Auch hier soll schlechthin der endgültige Erbe bezeichnet werden. Uebrigens wird auf diese Wendung noch einmal — S. 95 ff. — zurückgekommen werden.

10. Vgl. Strohal a. a. O. S. 320. Kipp bei Windscheid, III S. 193.

11. Das sagen die Motive ausdrücklich Bd. V. S. 546.

12. Es mag ausdrücklich betont werden, dass sich in Bezug auf die Nachlasspflegschaft im Gesetz gegenüber dem Entwurf I sonst sehr viel geändert hat. Nur der Sinn der Worte „Pfleger desjenigen, welcher Erbe wird“ ist geblieben.

dem Sinn nach gleiche Fassung wie der erste Entwurf wählte, seine Meinung zum Ausdruck bringen wollen.

Nun hat sich gegen die Auffassung, dass die Nachlasspflegschaft als eine Personenpflegschaft zu betrachten sei, Opposition erhoben. Zuerst und am eingehendsten hat Hellwig[13] diesen Standpunkt vertreten. Dann ist die Ansicht auch von Hagen[14] und Titze[15] aufgestellt worden.

Ehe wir auf eine Prüfung ihrer Gründe eingehen können, müssen wir feststellen, welche Bedeutung der klaren Fassung des Gesetzes beizulegen, ob überhaupt eine abweichende Ansicht zulässig ist.

Es ist Sache des Gesetzes, Anordnungen zu treffen, aber nicht festzulegen, wie die aufgestellten Rechtssätze aufzufassen sind, wie das durch sie gebildete Rechtsinstitut konstruiert werden muss.[16] Wenigstens wird dies das Gesetz nur ausnahmsweise tun, und es ist dies daher nur dann anzunehmen, wenn eine dahingehende Absicht des Gesetzes unzweideutig zum Ausdruck gebracht ist.[17] Aus der Fassung des § 1960 BGB erhellt eine derartige Absicht nicht.

Infolgedessen kann man aus dem § 1960 als zweifellos nur die dogmatische Auffassung des Gesetzgebers entnehmen. Im Uebrigen ist die Bestimmung des § 1960 nur eine aus der Zahl derjenigen, aus welchen die Stellung des Nachlasspflegers zu entnehmen ist.[18]

---

13. Zuerst in seinen „Verträgen auf Leistungen an Dritte“ S. 244 Anm. 473. Vgl. im übrigen § 10.

14. Vgl. Otto Hagen in Iherings Jahrbuch Bd. 42 S. 74.

15. Vgl. Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 87. Die Literatur ist ausserdem unten § 10 ausführlich zusammengestellt.

16. Vgl. hierzu Zitelmann Begriff und Wesen der sog. jurist. Person S. 2 ff.

17. Man muss sich vergegenwärtigen, dass natürlich eine Bestimmung des Inhalts möglich ist: die Nachlasspflegschaft ist als Personenpflegschaft aufzufassen.

18. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts S. 299 stimmt hiermit im wesentlichen überein, nur ist das Wort „unverbindlich“ in einem andern Sinne gebraucht.

Hagen[19] begründet seine Ansicht, dass die Nachlasspflegschaft keine Personenpflegschaft ist, damit, dass es zwar nicht zu leugnen ist, „dass das in Widerspruch steht mit der juristischen Konstruktion, die dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu Grunde liegt und auch im Gesetze selbst einen Ausdruck gefunden hat," aber „dass eine derartige Konstruktion unverbindlich ist, wenn unhaltbar".

Wir sagen: Es wird an sich sehr wohl möglich sein, sich über den § 1960 hinwegzusetzen, aber nur, wenn unzweideutig der Beweis gelingt, dass dieser sich in Widerspruch setzt mit der dem Gesetz in Wirklichkeit zu Grunde liegenden, sich besonders aus den übrigen Bestimmungen ergebenden Grundauffassung über den Charakter der Nachlasspflegschaft.

Wir glauben in der Tat, dass der Nachweis, die Nachlasspflegschaft sei eine Vermögenspflegschaft, möglich ist; ihn zu führen ist die Aufgabe der folgenden Erörterung.

Dritter Abschnitt.

Der Stand der Ansichten über die Frage.

§ 10.

Zunächst mag jedoch ganz kurz der Stand der Ansichten festgestellt werden.

Für die herrschende Meinung, dass der Nachlasspfleger ein Personenpfleger sei, haben sich — wenn dies auch teilweise nur indirekt aus ihren Ausführungen zu entnehmen ist — ausgesprochen:

Kipp bei Windscheid Bd. III S. 175, 193; Strohal, Erbrecht S. 320 No. 2; Binder a. a. O. Bd. I S. 194; Planck=Ritgen, Vor-

---

19. Hagen, a a. O. S. 74.

bemerkung vor § 1942 III. 5a; Frommhold, Kommentar zum Erbrecht, Vorbemerkung vor § 1960—1962; Staudinger-Herzfelder, zu § 1960 Note 4b; Fischer-Henle, Handausgabe des BGB zu § 1960 Anm. 7; Schultzenstein-Köhne, Vormundschaftsrecht, No. 1 zu § 1913; Böhm, Vormundschaftsrecht des BGB S. 192; Cosack, Lehrbuch des BGB Bd. II S. 711 I 1b; Jäger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs, S. 50 III; Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlassbehandlung Bd. III S. 631. Endemann, Einf. in d. Stud. d. BGB Bd. III S. 355; Matthias, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Bd. II S. 539; Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. Recht Bd. II S. 671; Gaupp-Stein, CPO Vorb. I c vor § 50; Seuffert, Kommentar zur CPO Vorbemerkung vor § 50 No. 2b; Struckmann-Koch, Kommentar zur CPO zu § 243 No. 1; Roth-Becher, Bayrisches Privatrecht Bd. III S. 344 Anm. 13 in Verbindung mit S. 342 Anm. 2; Adamkiewicz,[1] Der Rechtsbegriff der Kuratel, S. 207 ff. (Noch zum Entwurf); Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 43; Rüger, Aus dem Erbrechte des BGB. Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess Bd. 9 (1899) S. 406; Frese: Die künftige Tätigkeit des Nachlassgerichts, ebenda S. 48; Kiehl, Der Eintritt des sachlich Berechtigten in einen Prozess, den ein anderer kraft der im zustehenden Verfügungsmacht geführt hat, Zeitschr. f. Zivilprozess Bd. 30 S. 333; Habicht, Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 685 (indirekt); Weissler, Das deutsche Nachlassverfahren, S. 107. In der Praxis stehen auf diesem Standpunkt: Anscheinend das Kammergericht; Johow, Bd. 22 S. 71 ff, wenn es auch von „Interessen des Nachlasses“, „Vertreter des Nachlasses“ spricht. Dann auch das Reichsgericht Bd. 50 S. 395 (25. 1. 1902) und OLG Hamburg (12. 11. 02) abgedruckt in der

1. Dessen Ausführungen sind dahin zu verstehen, dass er zwar zugebe, der Entwurf fasse die Nachlasspflegschaft als Personenpflegschaft auf, dies aber für völlig unzweckmässig halte.

Sammlung des Reichsjustizamts von Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bd. III.

Dagegen haben die Nachlasspflegschaft für eine Vermögenspflegschaft erklärt: Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte, S. 244 Anm. 473; Anspruch und Klagrecht, S. 73; Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 61/62; Prozessführungsrecht S. 7/8; Civilprozess S. 299; Hagen, a. a. O. S. 74; Titze a. a. O. S. 87; Scheye, Nachlassverwaltung, Erlanger Doktordissertation S. 58.[2]

Das Resultat in der Literatur stellt sich jedoch nicht so überwältigend zu Gunsten der herrschenden Lehre, wenn man nur diejenigen in Betracht zieht, die sich ausführlich geäussert haben.

Vierter Abschnitt.

Die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft.

I. Kapitel.

Historischer und rechtsvergleichender Beweis.

§ 11.

Der Beweis, dass die Nachlasspflegschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Vermögenspflegschaft in dem festgesetzten Sinne ist, scheint in erster Linie durch eine historische und rechtsvergleichende Betrachtung geführt werden zu können. Der Gedankengang bei dieser wird — wie gewöhnlich bei solchen Gelegenheiten — ein verschiedenartiger sein. Erstens werden wir durch die historische und rechtsvergleichende Darstellung gemeinsam feststellen, dass in allen

2. Allerdings spricht er mehr vom Nachlassverwalter.

anderen Rechten — soweit wir übersehen können, ohne Ausnahme — die Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft aufgefasst worden ist resp. noch aufgefasst wird. Die Rechtsinstitute sind Erzeugnisse des praktischen Lebens, unsere heutigen Bedürfnisse weichen von den früheren, unsere deutschen von den ausländischen nicht so wesentlich ab, und wenn daher alle anderen Rechte, auf so verschiedenen Systemen sie auch beruhen mögen, bezüglich der Konstruktion der Nachlasspflegschaft einig sind,[1] so kann man schon aus dieser Tatsache allein einen wichtigen Rückschluss auf das BGB ziehen.

Zweitens werden wir durch die historische Darstellung allein feststellen, dass diejenigen Rechte, auf welchen das BGB in dieser Hinsicht beruht, die Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft aufgefasst haben, und werden daraus, d. h. aus der Kontinuität der Entwicklung wiederum auf den Charakter der Nachlasspflegschaft im BGB folgern.

Da sich beide Arten in gewisser Weise decken, so werden wir die folgende Darstellung in der Weise vornehmen, dass wir zunächst alle für die erste Erwägung in Betracht kommenden Rechte zusammenstellen, aus welchen sich dann ohne weiteres unser erster Schluss ergibt. Alsdann wird nur ganz kurz gewissermassen als Anhang unsere zweite Erwägung angestellt werden.

§ 12.

Dass andere Rechte auf dem Standpunkt stehen, die Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft zu konstruieren, hat man schon vielfach hervorgehoben, aber in welchem Umfang dies der Fall ist, darüber hat man sich kaum jemals[1] Rechenschaft gegeben.

---

1. Vgl. Adamkiewicz, Der Rechtsbegriff der Kuratel, S. 209 und 214.
1. Annähernd hat Adamkiewicz in seinem zitierten Buche dies getan.

Was nun zunächst das römische Recht, wie es im corpus juris niedergelegt ist, betrifft, so hat man gerade in Bezug auf dieses Recht geleugnet, dass es möglich sei, aus ihm einen Schluss auf das moderne deutsche Recht zu ziehen, und zwar aus einem Grunde der Rechtslogik. Man hat nämlich behauptet, es mache einen wesentlichen Unterschied, ob der Erwerb der Erbschaft sich erst durch den Antritt der Erbschaft vollziehe, wie regelmässig[2] im römischen Recht, oder von Rechtswegen wie nach BGB (§ 1942). Ob dieser Grund stichhaltig ist, wird später untersucht werden; vorläufig, wo lediglich, um aus der Uebereinstimmung aller Rechte eine Folgerung zu ziehen, die Tatsache ihres Standpunktes festgestellt wird, kommt eine derartige Erwägung nicht in Betracht.

Es ist allgemein anerkannt und bedarf deshalb keiner besonderen Begründung, dass schon im römischen Recht, wenn auch nur in genau umschriebenen Fällen, ein Nachlasskurator ernannt wurde. Es ist auch ohne weiteres einleuchtend, das gerade bei einem Rechtssystem, welches eine hereditas jacens kennt, schon früh ein dahin gehendes Bedürfnis besonders intensiv hervortrat und sich demgemäss ein Institut bildete.

Auf die Nachlasskuratel beziehen sich vor allem folgende Stellen in den Quellen: zunächst sind am wichtigsten die L. 1 D. de curatore bonis dando 42,7, welche sedes materiae für die Lehre ist. Daneben sind noch zu nennen L. 23 § 2 D. de heredibus instituendis 28, 5; L. 1 § 4 D. de muneribus et honoribus 50, 4; L. 2 D. de feriis et dilationibus et diversis temporibus 2, 12; L. 3 D. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis 27, 10; L. 8 D. quibus ex causis in

2. Regelmässig wenigstens in den Fällen, in welchen es in Wirklichkeit zu einer Nachlasskuratel kommen wird. Sind heredes domestici vorhanden, so wird dies kaum geschehen.

possessionem eatur 42, 4; L. 22 § 1 D. de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendendis 42, 5.[3]

Nach diesen Quellenstellen wird eine Nachlasskuratel einmal dann angeordnet, wenn der Erbe vor der Hand noch ungewiss ist resp. wenn überhaupt ungewiss ist, ob ein Erbe vorhanden sein wird. L. 2 D. h. t. 2,12; L. 1 § 4 D. h. t: 50,4; L. 8 D. h. t. 42,5. Der Hauptfall ist hier der, dass ein heres sub conditione eingesetzt und dass noch unbestimmt ist, ob sich die Bedingung erfüllen wird. L. 1 § 1 D. h. t. 42,7; L. 23 § 2 D. 28,5. Ausserdem kommt es zu einer Nachlasskuratel, wenn der Erbe vor der Hand zögert die Erbschaft anzutreten, L. 22 § 1 D. h. t. 42,5; L. 3 D. h. t. 27,10. War so die Nachlasskuratel in Bezug auf die Fälle, in denen sie einzutreten hatte, in Rom beschränkt,[4] so war sie es desgleichen, was den Umfang der Befugnisse des Kurators betraf. Der Kurator hatte lediglich den Nachlass zu erhalten und die dringenden Schulden zu tilgen. Darauf weisen vor allem die Worte: custodiendis relictis in L. 1 § 4 D. h. t. 50,4 und quae urguebant distrahi in L. 23 § 2 D. h. t. 28,5 hin.

Wenn nun das römische Recht auch nicht weiter als bis zu diesen nach doppelter Richtung beschränkten Fällen gekommen ist, so gab es doch schon im Prinzip eine Nachlasskuratel, welche mit unserer heutigen vergleichbar ist. Dies genügt aber für unsere Zwecke vollkommen, da es hier ja nur auf die allgemeine Charakteristik ankommt.

Es erhebt sich danach die Frage: war die römische Nachlasskuratel eine Personal- oder Realkuratel? Man nimmt

---

3. Vgl. Windscheid, Pandekten, III S. 172, und Adamkiewicz, a. a. O. S. 50. Vgl. zum römischen Nachlasskurator ausserdem Dernburg, Pandekten, Bd. III § 158, und Binder, a. a. O. Bd. I S. 184 ff.

4. Adamkiewicz, a. a. O. S. 49 führt aus, dass die Nachlasskuratel selbst in den aufgeführten Fällen sich nur als ein subsidiärer Notbehelf den Gläubigerimmissionen gegenüber darstellt. Dies lässt sich aus den Quellen begründen.

allgemein an, dass sie Realkuratel war. Wir wollen, um dies auch unsererseits festzustellen, folgendes erwägen.

Die Tatsache, dass es im römischen Recht eine hereditas jacens gibt, hat auf die Frage, ob Personal- oder Realkuratel, zwar keinen bestimmenden Einfluss. Denn trotzdem die Erbschaft zunächst herrenlos ist, kann derjenige, der in Zukunft Erbe werden wird, schon jetzt in Bezug auf den Nachlass vertreten werden. Wir verweisen hier auf das unten Ausgeführte.[5]

Verlangt das Bestehen der hereditas jacens nun auch nicht unumgänglich das Vorhandensein einer Realkuratel, so spricht es doch immerhin zu deren Gunsten. Es wird jedenfalls im Zweifel als natürlicher erscheinen, dass der Kurator eines herrenlosen Vermögens nicht für dessen künftigen Eigentümer zu sorgen hat, sondern für dieses Vermögen.[6]

Dass der Nachlasskurator ein solcher Realkurator ist, dafür spricht ausdrücklich der Wortlaut der Digestenstellen. Es ist hier stets davon gesprochen, dass der Kurator für die Güter — sc. der Erbschaft — ernannt wird. Man wende nicht etwa ein, dass das auch in den meisten Fällen geschieht, wo man es unzweifelhaft mit einer Personenkuratel zu tun hat; denn entweder ist der Unterschied der, dass bei der Personenkuratel keine bestimmte Person genannt ist,[7] wie in L. 1 § 1 D. h. t. 42,7, wo es einfach heisst: curator bonis constituendus erit, oder aber wo das Wort heres oder eine Umschreibung hierfür erwähnt ist, geschieht dies immer nur in der Weise, dass durch Ereignisse, welche in seiner Person liegen, die Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlasskuratel bestimmt werden.[8] Hier sind zu nennen L. 23 § 2 D. h. t. 28,5; L. 2 D. h. t. 2,12; L. 3, D.

---

5. Vgl. S. 92.
6. Die Umkehrung ist nicht richtig. Vgl. § 7.
7. Vgl. Adamkiewicz, a. a. O. S. 47.
8. Bisweilen tritt dies auch äusserlich durch Bildung eines besonderen Nebensatzes hervor. So in L. 22 § 1 D. h. t. 42, 5.

h. t. 27,10; L. 1 § 4 D. h. t. 50,4 und L. 22 § 1 D. h, t, 42,5, Ganz besonders bezeichnend ist von den erwähnten Stellen die L. 1 § 4 D. h. t. 50,4. In ihr sind die Fälle der Personalkuratel am Anfang scharf denjenigen der Realkuratel am Schluss gegenübergestellt. In den ersteren ist von cura adulti furiosive item prodigi etc. gesprochen, es ist also stets diejenige Person im Genitiv hinzugefügt, auf die sich die cura erstreckt; in den Fällen[9] der Realkuratel dagegen sind im Dativ die Gütermassen, für welche sie angeordnet wird, hinzugesetzt; zu dieser letzteren Gruppe gehört auch die Nachlasskuratel. Denn hier ist von custodiendis relictis curatores constituti gesprochen.

Weiteres erwähnen hiesse längst Anerkanntes überflüssig weit ausführen.

Es kann daher schon nach dem Gesagten mit der herrschenden Lehre angenommen werden, dass der Nachlasskurator der Digesten als Vermögenspfleger aufzufassen ist.

§ 13.

Bevor nun weiter das deutsche Recht vor der Reception betrachtet werden kann, muss noch etwas hervorgehoben werden, was auch für die folgenden Ausführungen vielfach von Wichtigkeit sein wird.

Es ist oben festgestellt worden, dass die Pflegschaft in einer Fürsorge besteht. Der Staat lässt diese durch eine Person, eben den Pfleger, ausüben. Nun lässt sich — mindestens wenn es sich um Vermögensangelegenheiten[1] handelt

---

9. Die Nachlasskuratel ist nämlich bei weitem nicht die einzige Realkuratel in Rom. Vgl. hierüber Windscheid-Kipp, Pand. III, S. 172, insbesondere Anm. 4.

1. Es mag hier daran erinnert werden, dass dabei nicht etwa nur an eine Vermögenspflegschaft zu denken ist, sondern dass Vermögens-

— gewissermassen als unentwickelte Vorform auch denken, dass der Staat das betreffende Vermögen unmittelbar in irgend welcher juristischen Form in seine Verwahrung resp. Verwaltung nimmt und dass er so selbst die Fürsorge ausübt.[2]

Diese Vorform findet sich nun in der Tat vielfach und zwar gerade fast durchgängig im älteren deutschen Recht. Im übrigen trifft man sie meist in noch wenig entwickelten Rechten.

Ob diese Vorform eine solche der Personen- oder Vermögenspflegschaft ist, d. h. ob durch die Verwahrung resp. Verwaltung für eine Person oder ein Vermögen gesorgt werden soll, lässt sich nicht ohne weiteres beantworten. Beides ist möglich. Es kommt dabei auf die näheren Umstände an.

Worin diese liegen, inwieweit die Ausdrucksweise im Gesetz für sich allein massgebend ist etc., lässt sich nicht einheitlich sagen. Nur eins kann hier schon festgestellt werden. Wenn diese Fürsorge ganz offensichtlich unter dem Gesichtspunkt geschieht, dass der Staat eventuell einen Anspruch auf das Vermögen hat, so liegt hier eine Vorform der Vermögenspflegschaft vor, gerade so, wie man, handelte es sich um eine richtige Pflegschaft, darin einen Grund für das Vorhandensein einer Vermögenspflegschaft erblicken würde. Das Vermögen soll dann dem Staate mit Rücksicht auf

---

angelegenheiten auch durch einen Personenpfleger wahrgenommen werden können. Der Gegensatz von Vermögensangelegenheiten sind persönliche Angelegenheiten.

2. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Vorform reines öffentliches Recht wäre. Dies hat nämlich für die Frage, ob Personen- oder ob Vermögensfürsorge, nicht die Bedeutung, wie wir sie bei Gelegenheit einer näheren Konstruktion der Vermögenspflegschaft kennen lernen werden. Wir haben daher auch eine diesbezügliche Erörterung erst in unseren dritten Hauptteil gestellt. Es macht eben in jedem Fall einen Unterschied, ob der Staat für Personen oder Vermögen sorgt, sogar im öffentlichen Recht.

dessen eventuelles Recht erhalten werden, auf die beteiligten Personen wird dabei regelmässig, wenn überhaupt, so doch nur untergeordnete Rücksicht genommen.

§ 14.

Für das ältere deutsche Recht, welches, wie schon hervorgehoben wurde, fast durchgängig die gedachte Vorform hinsichtlich der Nachlasspflegschaft enthielt, kann dadurch, dass dort der eben erwähnte Anhaltspunkt vorliegt, nachgewiesen werden, dass diese Vorform eine solche der Vermögenspflegschaft ist.

Die Nachlassbehandlung bestand darin, dass, wenn jemand starb und sich zunächst keine Erben fanden — so ist wohl das häufig vorkommende Wort ervelos oder die Synonyma dieses Wortes zu verstehen[1] — der Nachlass von der Obrigkeit, dem „Richter", an sich genommen wurde. Diese Obrigkeit erhielt den Nachlass zunächst zu mehr oder weniger beschränktem Eigentum. Meldete sich binnen Jahr und Tag ein Erbe und wies er sich aus, so erhielt er den Nachlass, jedoch behielt die Obrigkeit wohl meistens die Nutzungen der Zwischenzeit. Sonst verfiel das Vermögen der Obrigkeit nach Jahr und Tag endgültig.

Die Folge von dieser Regelung ist — was ausserordentlich bedeutsam erscheint —, dass sich die für uns wichtigen Bestimmungen im deutschen Recht nicht etwa unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge für den Nachlass angeordnet finden, sondern im Erbrecht des Fiskus am Ende der Erbfolgeordnung stehen.

Im folgenden ist im einzelnen nachzuweisen, dass sich in

1. Sonst wäre es ein Widerspruch, das sich nachher ein Erbe melden kann. Ein korrekter Ausdruck findet sich im Hagenauer Stadtrecht, vgl. unten S. 50.

den deutschen Rechtsquellen diese Regelung findet. Natürlich können hier nur die hervorragendsten Rechtsbildungen angeführt werden, weil es für uns nicht auf Einzelheiten, sondern nur auf das Prinzip ankommt.

Wenn hier von dem älteren deutschen Recht die Rede ist, so ist damit die Zeit der Landrechtsbücher und Stadtrechte gemeint; denn die Volksrechte sind noch zu wenig entwickelt, um eine derartige nicht ganz einfache Frage zu berühren.[2]

§ 15.

Das erste und hervorragendste der Landrechtsbücher, der Sachsenspiegel[1] bestimmt in Buch I Art. 28: „wat süsgedanes dinges ervelos irstirft, herwede oder erve oder rade, dat sal man antwerden deme richtere oder deme vronen boden, of he't eschet, na deme drittegesten.“

Dies gilt für fahrende Habe sowohl wie für Eigen.[2] Bezüglich der Zeit, während welcher der Richter die Güter aufzubewahren hat, macht der Sachsenspiegel einen Unterschied

---

2. Wo in den Volksrechten das Erbrecht des Fiskus erwähnt wird, ist dies gewöhnlich nur ganz kurz der Fall, ohne dass ein Verfahren, welches dem endgültigen Erwerb dieser Erbschaft voraufginge, näher geregelt würde. Vgl. z. B. Lex Salica 60 sed hereditatem ipsius fiscus adquirat, 62,2 quod si de nulla paterna seu materna nullus parens non fuerit, illa portio in fisco colligatur. Edictum Rotharis 224, Liutbrant 18,32 et si parentes propinqui non fuerint, succedat curtis regia. Lex Bajuv. 14, 9, 4 quod si maritus et mulier sine heredes mortui fuerint et nullus usque ad septimum gradum de propinquis et quibuscunque parentibus invenitur, tunc illas res fiscus adquirat. Diese Stellen sind auch zitiert bei Schröder, Rechtsgeschichte S. 334, Anm. 319.

1. Vgl. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels mit Rücksicht auf die verwandten Quellen, 1828. Der Text ist nach der Ausgabe Homeyer zitiert.

2. Vgl. Sydow, a. a. O. S. 298.

zwischen Fahrnis und Eigen. Fahrnis wird Jahr und Tag aufgehoben (Art. 28), Eigen 30 Jahre und Jahr und Tag,[3] beide in Ausnahmefällen — bei echter Not — noch länger. Meldet sich während dieser Zeit (Art. 28) jemand, der sich als Erbe ausweisen kann, so erhält er die Erbschaft, sonst fällt diese an die Obrigkeit, und zwar Fahrnis an den „richter", d. h. wohl an den Landesherrn (Art. 28),[4] bei Eigen wird nach der Grösse unterschieden (Buch III Art. 80).[5]

Der Spiegel deutscher Leute,[6] der ja auf dem Sachsenspiegel beruht,[7] hat demgemäss fast völlig gleiche Bestimmungen wie dieser. Nach No. 32 soll, wenn nach dem 30. Tage nach dem Erbfall niemand da ist, „der sich des gutes vnterwinde," der Herr des Landes sich des Nachlasses

> „vnderwinden mit seinen poten vnd sol daz gut in seiner (hant) haben iar vnd tag vnvertan". Der Herr soll dann „warten ob sich iemen dar zu ziehe mit recht inner iar vnd tage".

Geschieht dies nicht — in Ausnahmefällen bekommt auch hier wieder der Erbe die Erbschaft noch später — so kann der Landesherr den Nachlass zu seinem Nutzen verwenden.

Diese Aufbewahrungsfrist gilt aber wohl wieder nur hinsichtlich der Fahrnis. Von Ausnahmen abgesehen,[8] kann man sich an einem Eigen nur in 30 Jahren verschweigen (No. 32b). Auch ist wohl wieder nicht schlechtweg der Landesherr diejenige Obrigkeit, an welche das Eigen schliesslich fällt (vgl. No. 347).

---

3. Vgl. Sydow, a. a. O. S. 300, Art. 29.
4. Vgl. Sydow, a. a. O. S. 296.
5. Vgl. jedoch hierzu Sydow, a. a. O. S. 297, welcher diesen Bestimmungen keine grosse Bedeutung beilegt.
6. Ausgabe Ficker.
7. Vorrede zur angegebenen Ausgabe, S. III ff.
8. Eine Ausnahme gilt (No. 32 b) für „daz reich vnd die swabe".

Der Schwabenspiegel,[9] der wiederum auf den Spiegel deutscher Leute zurückgeht,[10] bestimmt in § 30, dass, wenn jemand stirbt und ausserdem noch gewisse Vorbedingungen erfüllt sind, folgendermassen zu unterscheiden ist:

„ist ez vf dem lande, so sol sich sin (d. h. des Nachlasses) der lantrichter vnder winden vnd ist ez in einer stat, so vnder winde ez sich der stete herre oder der rihter“.

Der Nachlass wird dann wieder Jahr und Tag aufbewahrt und, falls sich während dieser Zeit jemand als Erbe ausweist, diesem ausgehändigt. In Ausnahmefällen — bei echter Not — erhält der sich Meldende den Nachlass auch noch später. Meldet sich während Jahr und Tag niemand und liegt kein Ausnahmefall vor, dann fällt der Nachlass an die Obrigkeit, wie in 165b näher bestimmt ist.

§ 16.

Die zweite rechtliche Hauptgruppe in dieser Periode ist die der Stadtrechte. Die Stadtrechtsquellen zerfallen in eine ältere Form, die der Privilegien oder der sg. Handfesten und in eine jüngere, welche aus denjenigen Rechtserzeugnissen besteht, die nicht von aussen her der Stadt verliehen sind. Hierher gehören eigentliche Satzungen und schlichte Rechtsaufzeichnungen.

Wir beginnen mit der Erwähnung zweier hanseati-

---

9. Ausgabe Lassberg.

10. Die Aehnlichkeit zwischen Deutschspiegel und Schwabenspiegel lässt sich übrigens ganz besonders hier hinsichtlich der gebrauchten Worte und ihrer Stellung erkennen. Doch ist auch ebenso eine gewisse Rückbildung unverkennbar; denn der Sachsenspiegel ist am klarsten und der Schwabenspiegel am unklarsten. Vgl. auch die Vergleichungstafel bei Ficker a. a. O.

scher Handfesten, nämlich einer Lübecker und einer Bremenser.[1] Beide sind von Friedrich Barbarossa gegeben, die erste 1188, die zweite 1186. Das Privileg für Lübeck bestimmt:

„Si quisquam mortuus ibi fuerit et forte heredem non habuerit, omnem hereditatem . . . annum et diem . . . reservandam censuimus . . .

Kommt während dieser Zeit kein Erbe, so fällt der Nachlass an den König.

Das Privileg für Bremen enthält zwar nicht so deutliche Bestimmungen, doch geht auch aus ihnen hervor, dass die Regelung etwa ebenso wie in Lübeck war, nur dass der Nachlass von vornherein in die Gewalt des Königs kam.

Dasjenige Stadtrecht, welches die grösste Bedeutung erlangt hat, ist das magdeburgische. Das Magdeburger Recht beruht vielfach auf dem Sachsenspiegel. Durch Bewidmungen wurde es besonders nach Schlesien, aber auch z. B. nach Kulm und nach Halle verpflanzt.

Das Verfahren dem „erblosen“ Nachlass gegenüber ist im ganzen Gebiet des Magdeburger Rechts anscheinend genau dasselbe wie nach dem Sachsenspiegel. Verschiedentlich ist gesagt, dass wenn nach Jahr und Tag sich niemand als Erbe ausweisen kann, der Nachlass an den König fällt. Während dieser Zeit wird mit dem Nachlass offenbar ebenso verfahren wie nach dem Sachsenspiegel.

Die erwähnte Bestimmung findet sich im sächsischen Weichbild, und zwar in Art. 96,[2] in der Breslauer Urkunde[3] des Rechts von 1261 § 41 und endlich auch in dem von den Schöffen in Magdeburg im Jahre 1304 der Stadt Görlitz mitgeteilten Recht Art. 67.

An Stelle des Königs trat dann später, wie wir aus

1. Beide Handfesten finden sich in Emminghaus, corpus juris germanici S. 27/28.

2. Ausgabe von Daniels.

3. Vgl. Gaupp, Altes magdeburgisches und hallisches Recht, wo die Urkunde abgedruckt ist.

einem Magdeburger Schöppenspruch ungefähr vom Jahre 1550 für Zerbst erfahren, der Rat der Stadt. Sonst blieb wohl alles jahrhundertelang beim alten.[4]

Ein anderer wichtiger Oberhof besonders für das sächsisch-thüringische Deutschland war Goslar.[5] Von dieser Stadt sind zwei Rechtsquellen hier von Bedeutung, nämlich ein Privileg Friedrichs II. vom Jahre 1219 und die Goslarischen Statuten aus dem 14. Jahrhundert.

Das Privileg enthält eine einschlägige Vorschrift lediglich bezüglich des Nachlasses eines advena. Dort heisst es:[6]

> „. . . haereditatem advenae per unius anni circulum in manu alicuius burgensis salvam faciet servari; infra quod tempus si nemo venerit, qui eam petat, tunc demum ipsam haereditatem advocatus sibi retinebit."

Es liegt also hier der im deutschen Recht seltene, vielleicht der einzige Fall vor, dass nicht der Obrigkeit, insbesondere nicht dem Vogt die Aufbewahrung des Nachlasses während des Jahres obliegt. Es handelt sich hier vielmehr um eine Art richtiger Nachlasspflegschaft.

Diese Besonderheit ist in den Statuten weggefallen. Dafür ist die für den advena geltende Bestimmung des Privilegs verallgemeinert. Die betreffende Stelle des Statuts lautet:

> „Wat ervelos irsterft . . . des underwint sich de voghet unde halt dat iar unde dach. Ne kumt dar binnen neman de sich dar tu ten möghe mit rechte, so kere dat de voghet in sine nüt. Kumt aver de rechte erve dar binnen, deme scal man dat antwarden."[7]

---

4. Vgl. Magdeburger Schöppensprüche, Ausgabe Friese und Liesegang, II No. 92; S. 782 stellen die Herausgeber die Regelung der Nachlassbehandlung ebenso dar, wie hier geschehen ist.

5. Vgl. Goslarische Statuten von Göschen, S. VII und Ortloff, Das Rechtsbuch nach Distinktionen, S. XXV.

6. S. 114 der Göschenschen Ausgabe, Reihe 32—35.

7. Göschen, a, a. O. S. 9 Reihe 1—5.

Die Unterschiede der verschiedenen Redaktionen dieses Statuts sind für uns ohne Bedeutung.[8]

Sächsischen Rechts im allgemeinen, eine Bearbeitung des Sachsenspiegel Landrechts und der zuletzt erwähnten Stadtrechte, nämlich des magdeburgischen und des goslarischen, im besonderen ist das Rechtsbuch nach Distinktionen.[9] Das Rechtsbuch enthält folgende Bestimmung, auf welche der Einfluss des Sachsenspiegels ganz unverkennbar ist. Buch I, Cap. 20, Dist. 2:

„Waz erbeloz ersterbet von erbe, hergewete adder gerade, dez sal sich underwinden daz gerichte, unde sal daz halden ior unde tag in sinen gewern."

Kommt dann während dieser Zeit niemand, so fällt der Nachlass an die Obrigkeit. Wer diese im Einzelnen darstellt, ist genau bestimmt,[10] und zwar noch ausführlicher als im Sachsenspiegel.

§ 17.

Auch von den oberdeutschen Stadtrechten sind noch einige Beispiele erwähnenswert.

Das Recht der Stadt Hagenau i. E. ist deshalb besonders wichtig, weil es das Mutterrecht für viele andere Städte des Elsass geworden ist. Nach einem Privileg[1] für die Stadt Hagenau von Friedrich I. (1164) gilt nach § 3 folgendes: Wenn nach einem Erbfall „heredes" „praesentes non fuerunt",[2] nimmt der judex unter Mitwirkung von mindestens septem ejusdem loci fideles — einer kollegialischen

8. Vgl. Göschen, a. a. O. S. 173.

9. Ausgabe Ortloff. Ueber die Quellen des Rechtsbuchs vgl. dort Einleitung, S. XXI ff.

10. Rechtsbuch a. a. O. und Buch I Cap. XXXVI Dist. IV.

1. Ausgabe Gaupp, Sammlung deutscher Stadtrechte, S. 93 ff.

2. Hier findet sich der logisch korrekte Ausdruck, von dem oben gesprochen worden ist.

Stadtbehörde[3] — den Nachlass in Verwahrung. Darüber, was dann weiter mit diesem geschieht, bestimmt das Privileg in demselben § 3, dass

annalem et diurnam rerum suarum sine detrimento conservacionem dem Richter obliegen solle.

Meldet sich während dieser Zeit niemand, so fällt der Nachlass an den Richter.

Nach § 24 des Freiburger Statuts von 1120[4] [5] verwahren, wenn zunächst keine Erben vorhanden sind, die 24 Konsuln[6] den Nachlass Jahr und Tag. Kommt während dieser Zeit ein rechter Erbe, so erhält er den Nachlass, sonst dient dieser zu einem Drittel dem Seelenheil des Verstorbenen, ein zweites Drittel erhält der Herr der Stadt, der Herzog von Zähringen,[7] das letzte Drittel endlich wird für die Befestigung der Stadt verwandt.

Die Berner Handfeste,[8] welche der Stadt 1218 vom König Friedrich II. verliehen wurde, enthält eine den vorigen ganz analoge Bestimmung in Nr. 51.[9] Diese anzuführen, dürfte sich erübrigen.

---

3. Sie sind wahrscheinlich identisch mit den conjurati civitatis, und diese sind eine kollegialische Stadtbehörde. Vgl. Gaupp, a. a. O. S. 94.

4. Bei Gaupp: Ueber deutsche Städtegründung, Stadtverfassung und Weichbild im Mittelalter, besonders über die Verfassung von Freiburg im Breisgau verglichen mit der Verfassung von Cöln, Anhang S. 388 ff.

5. Zöpfl, Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina S. 46/47 bezeichnet das magdeburgisch-hallische und das cölnische Recht als die zwei grossen Hauptfamilien der Stadtrechte. Vielleicht das hervorragendste Recht der zweiten Gruppe ist aber das Freiburger, also hat es eine ausserordentlich grosse Bedeutung.

6. Eine kollegialische Behörde, die eigentliche Gemeindeobrigkeit von Freiburg. Vgl. Gaupp. a. a. O. S. 198.

7. Vgl. Gaupp, a. a. O. S. 174.

8. In Gaupps deutschen Stadtrechten Bd. II S. 38 ff.

9. Die Aufbewahrung geschieht durch den Richter und das concilium, ein Kollegium von Konsuln, welche wohl gleichzeitig als Schöffen fungierten.

Es sei nun zum Schluss noch, weil auch nicht ohne Bedeutung, das Stadtrecht von Wiener-Neustadt erwähnt. Es ist eine schlichte Rechtsaufzeichnung des 14. Jahrhunderts, die sich die Form einer Satzung eines Herzogs Leopold von Oesterreich gibt.[10] Es enthält wieder nur eine Bestimmung bezüglich eines in der Stadt sterbenden Fremden. Die hier in Frage kommende Stelle[11] (Cap. LXXXIII) lautet:

„Si moriens nihil ordinatur, cives bona defuncti per annum et diem custodiant, infra quod spatium, si aliquis venerit, qui se haeredem. . . . ostenderit . . . idem . . . bona defuncti . . . assignentur. Si autem nemo venerit, tunc medietas illorum pro communi utilitate civitatis et alia medietas in ipsius animae remedium expendatur.[12]

Hiernach glauben wir den oben S. 44 in Aussicht gestellten Beweis geführt und so mittelbar nachgewiesen zu haben, dass die Behandlung des anscheinend erblosen Nachlasses im deutschen Recht vor der Rezeption in einer Weise geregelt war, dass man in dieser Regelung eine Vorform der Vermögenspflegschaft erblicken kann.

§ 18.

Anhangweise sei noch ein anderes nicht deutsches Recht germanischen Ursprungs besprochen, nämlich ein dänisches Provinzialrecht: das jütische Low.[1] Es enthält etwa dieselbe Regelung wie die eigentlich deutschen Rechte.

---

10. Vgl. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, S. 112, und Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 691.

11. Vgl. v. Würth, Stadrecht von Wiener-Neustadt.

12. Etwa dieselbe Bestimmung findet sich im Recht der Stadt Ens von 1212 No. 17; in dem von Leopold VII 1221 der Stadt Wien verliehenen Recht No. 46 — abgedruckt bei Gaupp, Deutsche Stadtrechte Bd. II, S. 206 ff und S. 238 ff.

1. Ausgabe Emanuel Woelfel 1717 mit Glossen von Blüting. Das

Nach dem jütischen Low bleibt, wenn jemand stirbt, der Erbschaftsbesitzer zunächst 30 Tage im ungestörten Besitz des Nachlasses. Von Ausnahmen abgesehen,[2] muss dann am 30. Tage oder am nächsten Dingtag der Erbe den Nachlass verlangen (Buch I, Kapitel XXIII, § 1). Meldet sich der Erbe nicht,[3] so gelten die §§ 6 und 7.

Nach diesen wird der Nachlass — wenigstens soweit es sich um bewegliches Gut handelt — hinterlegt, und zwar wohl bei dem Rat in den Städten oder dem Hardes-Vogt auf dem Lande. Nach Jahr und Tag erhält, wenn sich niemand gemeldet hat, der König den Nachlass, nimmt ihn aber — das ist eine Ausnahme von der Regel — vorläufig[4] nur in Verwahrung für den Fall, dass doch noch Erben kommen, und behält ihn nur endgültig, wenn dies nicht geschieht.[5] Gemäss dem oben Gesagten hat man es auch hier mit einer Vorform einer Vermögenspflegschaft zu tun.

§ 19.

Das gemeine Recht und die Rechtsbildungen auf seiner Grundlage.

Nach gemeinem Recht und nach den anderen hier auf-

---

jütische Low ist ein Gesetz Waldemars II von 1241. Hierüber sowie über den Charakter des Gesetzes als dänisches Provinzialrecht vgl. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 229.

2. Vgl. Jütisches Low, Buch I Kap. XXIII §§ 2—5.

3. Vgl. hierzu Glossa in der zit. Ausgabe S. 54 f.

4. Von vornherein dauernd fällt der Nachlass nach Jahr und Tag an die Obrigkeit (den Rat) nach dem Schleswigschen Stadt Recht Cap. 19, Flensburger Stadt Recht Cap. 90 und Apenrader Stadt Recht Cap. 96, zitiert in der Glosse zum jütischen Low, S. 95. Ueber die Abstammung dieser Rechte von dem jütischen Low vgl. auch Schröder, a. a. O. S. 685.

5. Wann dies endgültig als festgestellt anzusehen ist, wird nicht gesagt. Im übrigen ist diese Stelle ein Beweis, wie flüssig die Grenze zwischen provisorischem Eigentum und vorläufiger Verwahrung seitens der Obrigkeit im vorliegenden Falle ist.

geführten Rechten vollzieht sich — worauf schon oben bei der Betrachtung des römischen Rechts hingewiesen wurde — der Erwerb der Erbschaft in der Mehrzahl der in Betracht kommenden Fälle erst durch Antretung.

Diese Tatsache ist der ganzen Gruppe gemeinsam[1] und typisch für dieselbe.

Nach der Rezeption des römischen Rechts hat man auch im gemeinen Recht daran festgehalten, dass der Nachlasskurator Vermögenspfleger ist. Dies ist hier mit einigen Beispielen zu belegen.

Dass zunächst die Glosse annimmt, dass der curator hereditatis nur mit dem Nachlass und nicht mit den Erben zu tun hat, ergibt sich daraus, dass die Worte constituendus erit in L. 1 § 1 D. de curatore bonis dando 42,7 von der Glosse[2] mit den Worten erklärt werden: ad conservanda bona dumtaxat.[3]

Was die deutsche moderne gemeinrechtliche Theorie betrifft, so zeigen die Pandektenlehrbücher,[4] und zwar alle, soweit wir übersehen können, dass die Nachlasskuratel als Vermögenspflegschaft aufgefasst worden ist.

Auch die gemeinrechtliche Praxis hat auf diesem Standpunkt gestanden.[5]

---

1. Die Umkehrung dieses Satzes ist nicht richtig. Nicht alle Rechte deutschen Ursprungs haben einen Erbschaftserwerb von Rechtswegen. Vgl. unten § 26.

2. Corpus juris cum glossa Ausgabe Dionysius Gothofredus Bd. III Digestum novum Spalte 602°.

3. Vgl. auch Bartolus ad. l. 1,2 D 42,7.

4. Vgl. Windscheid-Kipp, a. a. O., Bd. III S. 172. Dernburg, Pandekten, Bd. III § 41. Vgl. ausserdem Ubbelohde, Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 61 S. 26ff.

5. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 37 S. 322. (Hier ist als Aufgabe des Kurators angegeben, dass er die Verwaltung und in gewissem Umfang selbst die Vertretung des Nachlasses gegen Dritte hat), vor allem aber Seuffert, Archiv Bd. 30 S. 60. (Der curator hereditatis ist bonis datus.)

§ 20.

Im einzelnen mag dann auf zwei Hauptgruppen der deutschen gemeinrechtlichen Theorie eingegangen werden, auf die hessische und die sächsische, sowie auf die hessische Praxis.

Dafür, dass die hessische Theorie an der erwähnten Auffassung festhielt, sei hier auf das in dieser Hinsicht grundlegende Buch von Roth, Hessisches Privatrecht, S. 595, hingewiesen, bezüglich der hessischen Praxis auf einige Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel, nämlich auf die vom 18. August 1830[1] und auf die vom 17. Januar 1835.[2] [3]

In diesen Entscheidungen ist allerdings nur gesagt, dass der Kurator weder Vertreter des Nachlasses noch der Erben sei, sondern dass ihm lediglich die custodia des Nachlasses obliege. Hieraus kann man jedoch erkennen, dass die hessische Praxis streng an den Quellenstellen festgehalten und keine Weiterbildung hinsichtlich der Aufgaben des curators vorgenommen hat. Dies geht auch noch besonders daraus hervor, dass als einzige zugelassene Ausnahmen von dem erwähnten Grundsatz diejenigen genannt werden, die quellenmässig sind. Ist aber die Praxis in der erwähnten Beziehung nicht über das römische Recht hinausgekommen, so wird man auch annehmen können,[4] [5] dass die prinzipielle

———

1. Bei Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft mit Erkenntnissen des O. A. G. zu Cassel, S. 383.

2. Bei Strippelmann, Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des Oberappelations-Gerichtes zu Cassel, Bd. I S. 203.

3. Abweichend allerdings Entscheidung vom 6. Jan. 1844 bei Strippelmann Bd. VI S. 340.

4. Vgl. hierzu insbesondere Strippelmann, a. a. O. Bd. I S. 219/220, wo der Umfang der Befugnisse des Kurators vollständig aus den Quellen erklärt wird.

5. Wie wir oben sahen, ist die Konstruktion überhaupt nichts vom Gesetz selbst Festgesetztes. Dieses kann regelmässig nur mittelbar,

Auffassung des Nachlasskurators, wie sie im römischen Recht war, beibehalten worden ist.[6]

Danach ist der Nachlasskurator ein Vermögenspfleger.

Auch die sächsische gemeinrechtliche Jurisprudenz hat an dieser Auffassung des Nachlasskurators festgehalten, wie man aus einem Lehrbuch des sächsischen Zivilrechts[7] vor der Abfassung des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs entnehmen kann.

§ 21.

Was die Kodifikationen auf gemeinrechtlicher Grundlage betrifft, so enthält zunächst der Codex Maximilianaeus Bavaricus (das bayrische Landrecht) folgende Bestimmung. I. Teil, 7. Kapitel, § 39:

> „Liegenden Erbschaften gibt man (I mo) Kuratoren, wenn die Erben entweder gar nicht bekannt oder wenigstens in der Deliberation begriffen sind.“

Hiernach[1] hat die Wissenschaft diesem Kurator genau

---

durch die einzelnen Bestimmungen auf die Konstruktion einwirken. Bleiben die Bestimmungen dieselben, so liegt daher auch kein Grund vor, die Konstruktion zu ändern.

6. Eine Aenderung ist allerdings insofern eingetreten, als die Nachlasskuratel nach hessischem Recht als Ausfluss der obervormundschaftlichen Fürsorge erscheint, während sie nach römischem Recht hauptsächlich zwecks Sicherstellung der Gläubiger stattfand (vgl. Roth, a. a. O. S. 594). Durch diese Aenderung wird die prinzipielle Auffassung nicht berührt. Höchstens könnte die Aenderung zu gunsten der Vermögenspflegschaft sprechen. Denn nach dem gemeinen Recht, wie es sich in Hessen entwickelt hat, wird bedeutend mehr Wert darauf gelegt, dass die Nachlasskuratel im Interesse aller Beteiligten stattfindet (vgl Roth, a. a. O. S. 594, vgl. auch Ubbelohde, a. a. O. S. 28).

7. Curtius, Sächsisches Zivilrecht, 1846, Bd. I S. 566 in Verbindung mit 559/560.

1. Vgl. Roth-Becher, Bayrisches Privatrecht, Bd. III, S. 345.

dieselbe Stellung gegeben wie dem curator hereditatis des gemeinen Rechts.

Die Stellung des Verlassenschaftskurators im österreichischen Recht ist geregelt durch das Gesetz vom 9. August 1854 (zitiert bei v. Stubenrauch, Kommentar zu § 548 d. österr. BGB). Dieser Kurator ist — nach Stubenrauch — zu unterscheiden[2] von dem nach § 811 d. österr. BGB im Interesse der Verlassenschaftsgläubiger zu bestellenden curator litis und auch von dem für minderjährige oder abwesende Erben zu bestellenden curator personarum. Etwas später sagt Stubenrauch: „Er hat die Vertretung des Nachlasses". Also auch hier findet man einen Vermögenspfleger.[3]

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen endlich bestimmt in § 2247:

> „Sind alle Erben unbekannt, so hat das Erbschaftsgericht für die Erbschaft einen Vertreter zu bestellen."

Und in § 2248:

> „Der Vertreter hat für die Erhaltung der Erbschaft zu sorgen . . . Im Uebrigen ist seine Verwaltung der Erbschaft nach den Vorschriften über die Altersvormundschaft zu beurteilen."

Auch hier wird man annehmen müssen, es handele sich um eine Vermögenspflegschaft, wenngleich gewisse[4] Bedenken[5] wegen des letzten Satzes des § 2248 vorliegen;

2. Dagegen ist etwas Aehnliches der Hausgenosse oder Nachbar, der nach dem cit. Gesetz vorläufig mit der Aufsicht betraut wird.

3. Vgl. auch Pfaff und Hoffmann, Kommentar z. österr. BGB zu § 547 IVb. Der curator wird auch nach ihm „für den Nachlass" bestellt. Vgl. auch Adamkiewicz, a. a. O. S. 144.

4. Das BGB für Sachsen ist ja auch nur 12 Jahre vor der preussischen Vormundschaftsordnung entstanden. Und diese war, wie wir sehen werden, eins der wenigen Gesetze, bei welchen es überhaupt zweifelhaft sein konnte, ob die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft war oder nicht.

5. Vgl. Siebenhaar, Komment. z. § 2248; vgl. Randa, Erwerb der Erbschaft, S. 64.

denn man wird nicht fehlgehen, wenn man in diesem Satz lediglich eine Bestimmung bezüglich des Umfanges der Funktionen des Nachlassvertreters erblickt.

§ 22.

Lebhafter als in jedem anderen Rechtsgebiet bestand im preussischen Recht[1] Streit, ob die Nachlasspflegschaft als Personen- oder als Vermögenspflegschaft aufzufassen sei.

Man muss zunächst zwei Perioden unterscheiden: die Zeit des Allgemeinen Landrechts und die der preussischen Vormundschaftsordnung.

Der massgebende Paragraph im Allgemeinen Landrecht für die eigentliche Verlassenschafts-Curatel — es gibt noch eine Reihe verwandter Kuratelen — ist der § 471, Teil I, Titel 9, welcher lautet:

> „Ist gar nicht bekannt, wer Erbe sei, so muss der Richter, nach Ablauf dreier Monate vom Todestage des Erblassers, oder auch noch früher, wenn es die Umstände des Nachlasses erfordern, demselben einen Curator bestellen.“

Dieser Curator wird im § 487 Verlassenschafts-Curator genannt.

Es kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, dass der Wortlaut dieses Paragraphen für die Auffassung der Verlassenschafts-Curatel als einer Vermögenspflegschaft spricht. Denn das Wort „Erbe“ ist nur in dem Nebensatz erwähnt, in welchem bestimmt ist, wann überhaupt eine Verlassen-

---

1. Vgl. zum folgenden: Eccius, Preuss. Privatrecht, Bd. IV S. 235 Anm. 16; Schultzenstein, Die Vormundschaftsordnung, Anm. 2 zu § 90; Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. III S. 632; ders., Vormundschaftsrecht für die preussische Monarchie S. 402; Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht zu § 471 Teil I Titel 9; Behrend bei Gruchot, Bd. 28 S. 487: Besprechung des „Preussischen Privatrechts“ von Eccius.

schafts-Curatel eingeleitet werden solle, in derselben Weise, wie wir dies oben bei Gelegenheit der Betrachtung des römischen Rechts gesehen haben.

Dafür, dass die Verlassenschafts-Curatel eine Vermögenspflegschaft ist, sprechen aber noch andere Erwägungen.[2] Zunächst der § 487 I, 9. Dort ist bestimmt, dass unter Umständen der sich auf eine öffentliche Vorladung nach § 477 angebende Erbe mit dem entweder schon bestellten oder noch zu bestellenden Verlassenschafts-Curator sich etwa bezüglich seines Erbrechts ergebende Anstände „erörtern" müsse. Wäre nun dieser Verlassenschafts-Curator Personenpfleger, so wäre er der eventuelle Vertreter dieses Erben. Damit steht es aber in einem gewissen Widerspruch, dass er bei einer derartigen „Erörterung" ihm geradezu als Gegner gegenübersteht.[3]

Auch dass nach § 476 der Kurator sich „vornehmlich" die Ausmittelung und Entdeckung des eigentlichen Erben möglichst angelegen sein lassen solle, passt wenig zu der Auffassung eines solchen Kurators als eines Personenpflegers. Es wäre — wie Adamkiewicz[4] u. E. richtig bemerkt — merkwürdig, dass sich der Vertreter denjenigen suchen soll, den er vertritt.

Hierzu kommt vor allem der § 490 in demselben Titel. Nach diesem Paragraphen kann der angebliche Erbe, welcher sich nach Vorschrift des § 484 legitimiert hat, der Regel nach fordern, dass er in der Zwischenzeit zum Curator des Nachlasses[5] bestellt, und ihm in dieser Eigenschaft die Verwaltung desselben übertragen werde. Wäre nun der Verlassenschafts-Curator Personenpfleger, so wäre alsdann der Erbe sein eigener Vertreter, was offenbar kein befriedigendes Ergebnis ist.

---

2. Vgl. zum folgenden besonders Koch, a. a. O. I zu § 471.
3. Vgl. Motive zum BGB. Bd. V S. 551.
4. Vgl. Adamkiewicz, a. a. O. S. 216.
5. Hier ist nicht „Curator der Verlassenschaft" gesagt.

Ausserordentlich bezeichnend ist es ferner, dass für den Fall, dass die Person des Erben bekannt ist und nur der Aufenthalt desselben nicht ermittelt wird, die §§ 471 ff. überhaupt garnicht Anwendung finden, sondern dass dem Erben nach § 468 ein Abwesenheitsvormund bestellt wird. Wäre der Verlassenschafts-Curator ein Personenpfleger, so wäre er auch eine Art Abwesenheitsvormund, und es läge dann jedenfalls kein Grund vor, den Fall, dass der Erbe bekannt ist, von demjenigen, dass er nicht bekannt ist, so prinzipiell zu trennen.

Auch die Tatsache, dass das Allgemeine Landrecht für den Fall, dass keine Erben da sind, den Anfall an den Fiskus in der Weise auffasst, dass der Nachlass herrenlos ist, und alsdann als solcher an den Fiskus fällt (§ 481 zit. Tit.), spricht gegen die Auffassung des Verlassenschafts-Curators als eines Personenpflegers. Denn in diesem Fall würde es sich ja herausstellen, dass er überhaupt niemanden vertreten hat. Derartiges kann allerdings — so beim nasciturus — vorkommen. Dann ist aber die juristische Konstruktion eine andere.[6] Für gewöhnlich wird ein derartiges Ergebnis gegen die zu ihm führende Auffassung sprechen.

Die bisher hier angeführten Gründe beruhen ausschliess-

---

6. Der Pfleger des nasciturus, z. B. nach § 1912 BGB, ist, wie unten § 59 gezeigt werden wird, ein Pfleger für eine Quasiperson. Bei einer solchen ist für den Augenblick noch gar keine Person da, eine solche „gilt“ nur als vorhanden.

Wäre der Nachlasskurator aber ein Personenpfleger, so wäre, jedenfalls bei einem Rechtssystem, das einen Erwerb der Erbschaft von Rechtswegen kennt, wie das A. L. R., schon von vornherein eine Person vorhanden, die der Pfleger vertritt.

Die Auffassung, der Nachlasskurator vertrete immer, nicht nur wenn ein nasciturus Erbe wird, eine Quasiperson, würde sogar das stärkste Argument für die Auffassung des Kurators als eines Personenpflegers beseitigen. Denn hierfür wird immer wieder betont, bei einem Rechtssystem mit einem Erwerb der Erbschaft von Rechtswegen sei von vornherein ein Erbe da.

lich auf den Gesetzesparagraphen des Allgemeinen Landrechts. Gründe anderer Art anzuführen, dürfte sich um deswillen nicht empfehlen, weil dann bei der Erörterung des Standes der Dinge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche leicht Wiederholungen vorkommen würden.

Das Angeführte scheint jedoch schon vollen Beweis dafür zu erbringen, dass die Verlassenschafts-Curatel im A.L.R. eine Vermögenspflegschaft ist.

§ 23.

Es fragt sich nun, ob die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 daran etwas geändert hat. Mit Ausnahme davon, dass das Wort „Curator“ durch das Wort „Pfleger“ ersetzt ist, und dass man jetzt also von einem „Nachlasspfleger“[1] sprechen muss (vgl. V.O. § 89), dürfte dies zu bezweifeln sein.[2]

Vielmehr scheint der Nachlasskurator unter dem neuen Namen „Nachlasspfleger“ im Gebiete des Allgemeinen Landrechts noch nach Inkrafttreten der preussischen Vormundschaftsordnung dieselbe Stellung gehabt zu haben wie früher.

Bezüglich der Fortdauer resp. der Aufhebung der früheren Gesetze bestimmt der § 102 V.O., dass diejenigen Gesetze etc. über das Vormundschaftswesen, welche in diesem Gesetze nicht ausdrücklich aufrecht gehalten sind, aufgehoben werden.

Damit also eine frühere gesetzliche Regelung fortbesteht,

---

1. „Verlassenschaft“ dürfte hier, wie schon im A. L. R. vielfach, durch „Nachlass“ zu ersetzen sein.

2. Die Nachlasspflegschaft fassen als Vermögenspflegschaft auf: Dernburg, Preuss. Privatr. a. a. O., Koch, a. a. O. Anders Eccius, a. a. O., Dernburg, Vormundschaftsrecht, a. a. O., Schultzenstein, a. a. O., sowie das Obertribunal, Bd. 70 S. 365. Das Obertribunal geht sogar so weit, anzunehmen, dass der Nachlasspfleger die Erbschaft annehmen und ausschlagen kann, bezw. dass die Deliberationsfrist gegen ihn läuft.

ist es notwendig, dass entweder die betreffende Materie nicht dem „Vormundschaftswesen“ angehört, oder dass die Vormundschaftsordnung ausdrücklich die Fortdauer des früheren Zustandes anordnet.

Was die Nachlasspflegschaft anlangt, so trifft zunächst die erste Möglichkeit nicht zu. Die Nachlasspflegschaft ist eine Art der Pflegschaft und die Pflegschaften gehören zum „Vormundschaftswesen“ im Sinne des § 102 V.O.

Es bleibt also nur die zweite Möglichkeit, nämlich, dass die Vormundschaftsordnung den früheren Zustand der Dinge ausdrücklich aufrecht erhalten hat.

Von seltenen Fällen abgesehen, drückt das Gesetz seinen Willen durch einzelne Bestimmungen aus. Zu konstruieren, d. h. das Prinzip festzustellen, welches den einzelnen Bestimmungen zu Grunde liegt, ist dagegen nicht seine Sache. Hierüber ist schon § 9 zu Anm. 16 gesprochen worden.

Die Frage, welche wir hier zu beantworten haben, ist also nicht in der Art zu stellen, ob die Vormundschaftsordnung die Konstruktion der Nachlasskuratel des Allgemeinen Landrechts als einer Vermögenspflegschaft aufrecht erhalten hat, sondern zunächst dahin, ob so viele und so geartete Bestimmungen des früheren Rechts aufrecht erhalten worden sind, dass um deswillen eine Konstruktion lediglich nach der Vormundschaftsordnung nicht möglich ist. Nachher wird dann festzustellen sein, ob die Vorschriften der Vormundschaftsordnung überhaupt in Betracht kommen.

Legt man sich die erste Frage in der angegebenen Form vor, so muss man sie bejahen. § 89 — der Paragraph der Nachlasspflegschaft in der Vormundschaftsordnung — besagt im Abs. 2, dass die in den einzelnen Landesteilen bestehenden weiteren Befugnisse dieses Pflegers durch dies Gesetz nicht berührt werden. Die dahin gehenden Bestimmungen sind offenbar besonders wichtig, und sie sind vor allem gerade solche, die sich aus dem Wesen des Pflegers herleiten lassen. Sollen diese Bestimmungen unberührt blei-

ben, so ist es nicht möglich, den Nachlasspfleger einheitlich nach der Vormundschaftsordnung zu konstruieren.

Wenn man zweitens meinen sollte, die Konstruktion sei jeweils gemeinsam aus den aufrecht erhaltenen partikulären[3] Vorschriften und denjenigen der Vormundschaftsordnung zu gewinnen, so ist demgegenüber zu bemerken, dass die einschlägigen Bestimmungen der Vormundschaftsordnung — wie Adamkiewicz[4] richtig bemerkt — auch ihrerseits wieder so farblos gefasst sind, dass sie für die Charakteristik der Nachlasskuratel auch nicht einmal nebenher in Betracht kommen werden. So ist das Wort „Erbe" im § 89 V.O. zwar im Hauptsatz genannt,[5] die Tätigkeit des Pflegers, zu welcher dieses Wort in Beziehung gesetzt ist, betrifft aber nur eine Seite der ihm zugewiesenen Aufgaben. Es soll wohl in der V.O. auf die Konstruktion der Nachlasspflegschaft nicht eingewirkt werden.

Vielleicht ist hierbei der Grund der, dass, wenn auch die Nachlasspflegschaft eine Pflegschaft ist, d. h. ins Vormundschaftsrecht gehört, sie doch in das Erbrecht hineinspielt,[6] welches ja gerade in seiner partikulären Geltung ausserordentliche und prinzipielle Verschiedenheiten aufwies. Diese Erwägung mag vielleicht nur als ein imponderabile in Betracht gekommen sein, eine gewisse Bedeutung lässt sich ihr jedoch beimessen.

Hiernach dürfte sich als Ergebnis feststellen lassen, dass die Konstruktion der Nachlasspflegschaft durch die Vor-

---

3. In Beziehung auf das preussische Recht gemeint.

4. A. a. O. S. 113.

5. Vgl. oben § 12 Anm. 8.

6. Vgl. die obigen Ausführungen — § 2 — über den Charakter der Nachlasspflegschaft im BGB.

Vgl. auch Böhm, Vormundschaftsrecht, S. 192, der allerdings ebenfalls nur für das BGB besonders hervorhebt, dass die Nachlasspflegschaft auch teilweise ins Erbrecht gehört.

mundschaftsordnung gegenüber dem Allgemeinen Landrecht nicht geändert worden ist.

Es wäre auch, wäre wirklich die Ansicht von der Einwirkung der Vormundschaftsordnung auf den Charakter der Nachlasskuratel im Gebiete des Allgemeinen Landrechts richtig, merkwürdig, warum denn dasselbe nicht für die anderen in Preussen geltenden Rechtsgebiete und so auch für das gemeine Recht gelten sollte. Galt doch die V.O. in ganz Preussen gleichmässig. Für die anderen Rechtsgebiete wird eine solche Einwirkung auf die Konstruktion der Nachlasspflegschaft aber, wenn überhaupt, doch keinesfalls in eben dem Masse vertreten, wie für das Gebiet des Allgemeinen Landrechts.

Ist nun die Nachlasspflegschaft nach der V.O. noch das, was sie nach dem Allgemeinen Landrecht war, so ist sie eine Vermögenspflegschaft geblieben.[7]

§ 24.

Code civil[1] und Codice civile del regno d'Italia.

Der art. 811 C.c., der erste in dem Titel de la succession vacante, lautet:

„Lorsqu' aprés l'expiration des délais pour faire in-

---

7. Dafür spricht auch der § 180 des preussischen Zwangsversteigerungsgesetzes vom 15. Juli 1883. Dort ist bestimmt, dass der Nachlasspfleger das Recht haben soll, die Zwangsversteigerung zu beantragen. Diese Bestimmung wäre aber, da der Erbe schon so wie so das Recht hat und der Vertreter die Rechte des Vertretenen auszuüben berechtigt ist, überflüssig, wenn der Nachlasspfleger Personenpfleger wäre. Vgl. später unter § 36 für das BGB.

1. Vgl. Laurent, a. a. O.; Fuzier-Hermann, Code civil; Zachariae v. Lingenthal, Franz. Civilrecht; Duranton, Le droit civil français Tome IV; Sirey et Gilbert, Codes annotés: Code civil, Code de procédure; Code Napoléon suivi des motifs etc. 1810.

ventaire et pour délibrer, il ne se présente . . . la succession est vacante."

Für diese succession vacante, auf deren Charakter wir noch zurückkommen werden, wird vom tribunal de première instance ein curateur ernannt. Der art. 813 bestimmt dessen Pflichten:

> „Le curateur à une succession vacante en exerce et poursuit les droits, il répond aux demandes formées contre elle."

Aus diesen Bestimmungen und besonders auch aus den vielen analogen Fällen der Vermögenspflegschaft,[2] die sich im Gesetz finden, muss notwendigerweise angenommen werden, dass man es auch hier mit einer Vermögenspflegschaft zu tun hat. Dies ist auch die Ansicht von Zachariae v. Lingenthal Bd. IV, S. 208, Bd. III, S. 663, und von Adamkiewicz a. a. O. S. 159. So nennen auch die Motive zum code Napoléon, a. a. O. vol. IV, p. 165, Séance du 19. germinal an XI den curateur un „agent de la succession".

Wenn Laurent a. a. O. n.⁰ 196 und 208,[3] Duraton p. 50, Fuzier-Hermann zu art. 813 n.⁰ 4,[4] Sirey et Gilbert zu art. 813 n.⁰ 12 bemerken, dass der curateur mandataire oder représentant des créanciers und des successeurs ist, so wollen sie, wie es aus dem Zusammenhang scheint, nur erklären, wieso der curateur prozessieren könne, ohne

---

2. Zachariae, Bd. III § 593 zählt sie auf. Darunter ist für unsere Zwecke wichtig der curateur au bénéfice d'inventaire, C. de pr. art. 996. Hier handelt es sich um kollidierende Interessen des Erben und des Nachlasses.

Vgl. hierzu Sirey et Gilbert, Code de procédure, zu art. 996.

3. . . . Le curateur a été dans ce cas le mandataire légal de ceux qui sont appelés à la succession.

4. . . . . Le curateur se trouve être le représentant des créanciers d'une part et d'autre part des héritiers ou successeurs qui peuvent se révéler plus tard. Vgl. auch Cour de cassation 13. avr. 1820, zit. bei Sirey et Gilbert.



dass die Beteiligten „tierce opposition" machen könnten.[5] Lediglich zu diesem Zweck scheinen sie zu dem erwähnten, allerdings mit der Konstruktion der Vermögenspflegschaft nicht vereinbaren Aushilfsmittel zu greifen. Den curateur damit wirklich zum curator personae erklären wollen sie wohl kaum. Sonst wäre anzunehmen, dass sie sich mit den jedenfalls anscheinend entgegenstehenden Bestimmungen des code und mit der gegnerischen Literatur — z. B. mit Zachariae, der auch in Frankreich viel zitiert wird — auseinandersetzen würden.[6] Jedenfalls folgen wir aus den oben erwähnten Gründen Zachariae.

Wenn die Franzosen übrigens ausserdem stets davon sprechen, dass der curateur die „intérêts" der Beteiligten wahrzunehmen habe,[7] so steht dies durchaus in keinem Widerspruch zur Auffassung der Nachlasspflegschaft als einer Vermögenspflegschaft. Dass eine Vermögenspflegschaft auch dann vorliegen kann, wenn der Pfleger den Interessen verschiedener Beteiligten zu dienen bestimmt ist, haben wir schon oben gesehen. Ja wir sahen sogar, dass in diesem Falle die Vermögenspflegschaft die einzige mögliche Form der Pflegschaft ist, und wir werden weiter unten nachzuweisen versuchen, dass unsere Nachlasspflegschaft gerade um deswillen Vermögenspflegschaft ist, weil der Pfleger derartige verschiedene Interessen wahrzunehmen hat.

Somit stimmen die Franzosen in dieser Hinsicht völlig mit der hier vertretenen Auffassung überein.

---

5. Darüber, dass diese Erklärung nicht nötig ist, vgl. die unten § 32 zu Anm. 26 zitierte Stelle von Hellwig.

6. Uebrigens bemerkt Adamkiewicz S. 159, dass „über die Natur der Verlassenschaftskuratel als einer reinen Realkuratel nach französischem Recht kein Zweifel" sei.

7. So Fuzier-Hermann, n° 6 zu art. 813.

§ 25.

Das italienische Recht beruht zum grossen Teil auf dem code civil.

Art. 980 bestimmt:

„Quando l'erede non sia noto . . . . . l'eredità si reputa giacente, e si provede all' ministrazione o conservazione dei beni ereditari per mezzo di un curatore."

Hier ist ganz deutlich gesagt, dass der Pfleger für den Nachlass zu sorgen hat: „conservazione dei beni".[1]

Hierzu kommt noch, dass während der Inventar- und Annahmefrist der zur Erbfolge Berufene[2] als Kurator der Verlassenschaft angesehen wird (art. 964 Abs. 2 Satz 1). Unmöglich kann es Zweck haben, jemanden als seinen eigenen Vertreter anzusehen.

§ 26.

Es sollen nun hier auch noch einige Beispiele des modernen deutschen Rechts und in Zusammenhang damit das Schweizer Recht Erwähnung finden.

In den Ländern des sächsischen Rechts, hauptsächlich in Thüringen, hat sich bis in die neueste Zeit die Befugnis des Richters erhalten, den erblosen Nachlass in Besitz zu nehmen. Vgl. hierzu Sachsen-Altenburger Gesetz[1] vom 6. April 1841 § 142 Abs. 1; Sachsen-Weimarer Erbschaftsgesetz[2] von 1833 § 136 Abs. 1, und Sachsen-Gothaer Gesetz[3] vom 2. Januar 1844 § 118 Abs. 1.[4]

---

1. Vgl. Adamkiewicz, a. a. O. S. 172.

2. Hierin liegt übrigens eine wichtige Abweichung vom code civil. Vgl. Adamkiewicz, a. a. O. S. 174.

1. Sachsen-Altenburger Gesetzsammlung 1841/43 S. 63 f.

2. Sammlung Grossherzoglich Sächsischer Gesetze von Göcker 1832/34.

3. Gesetzsammlung Bd. V S. 101.

4. Wir behandeln diese Gesetze hier als germanisches Recht, trotz-

Daneben ist in diesen Gesetzen — und zwar übereinstimmend in den zweiten Absätzen der zitierten Paragraphen — bestimmt, dass der Richter in zwei Fällen einen Erbschaftsvertreter, also einen Vermögenspfleger, zu ernennen hat, nämlich einmal, wenn sich ein Erbschaftsprätendent meldet und gegründete Vermutungen bestehen, dass Besserberechtigte vorhanden sind, und ausserdem, wenn sich niemand meldet. Hand in Hand mit dieser Bestellung geht eine Ediktalzitation der Erben.[5]

Danach handelt es sich auch hier entweder um eine Vorform der Vermögenspflegschaft oder um eine solche selbst.

§ 27.

Das Schweizer Recht ist an dieser Stelle zu betrachten, weil es vorwiegend germanischen Ursprungs ist und es sich empfiehlt, die verschiedenen Schweizer Kantonalrechte zusammen zu behandeln, trotzdem sie systematisch verschiedenen Charakter haben.[1]

---

dem das Prinzip des ipso jure Erwerbs der Erbschaft verlassen ist. Vgl. Sachsen-Altenburger Gesetz § 123, Sachsen-Weimarer Gesetz § 115. Sachsen-Gothaer Gesetz § 95.

Dies geschieht, weil der Grundcharakter des thüringischen Rechts trotz dieser weitgehenden Beeinflussung durch das römische Recht germanisch geblieben ist.

5. Nach dem Gesetz von Schwarzburg-Sondershausen vom 22. Oktober 1835 findet eine Siegelung des Nachlasses (§ 3) unter Umständen statt, aus welchen man ersehen kann, es handle sich um eine Vermögensfürsorge. Ganz besonders geht dies aus No. 1, 2 und 4 des § 3 hervor. Das Gesetz ist abgedruckt in der „Sammlung der noch jetzt geltenden in dem Fürstentum Schwarzburg-Sondershausen vor dem Jahre 1837 publizierten Gesetze und Vorordnungen privatrechtlichen und civilprozessualischen Inhalts" S. 82 ff.

1. So sind die Gesetze der französischen Kantone vielfach Nachahmungen des code civil français, und so schliesst sich der codice

Nur bezüglich des code civil français, der in Genf und im Berner Jura gilt, muss auf die Darstellung des französischen Rechts verwiesen werden.

Zunächst bestimmt, sich eng anschliessend an den italienischen Codice civile, der Codice civile della Republica e Cantone del Ticino im art. 562:

> „Quando l'erede non sia noto, o gli erede testamentari o legittimi abbiano rinunziato, l'eredità si reputa giacente, e si provede all' ministrazione o conservazione dei boni ereditari per mezzo di un curatore".

Dieser Kurator ist — wie wir schon oben bezüglich des italienischen Rechts gesehen haben — ein Vermögenspfleger. Dafür sprechen auch die beiden anderen Artikel derselben Sezione dell' eredità giacente, nämlich 563, 564, welche die Pflichten des Kurators näher regeln.

Als eine Gruppe sind dann die Rechte von Zürich, Schaffhausen, Zug und Graubünden zusammenzufassen.[2] In Zürich gilt die Bestimmung (P. G. § 927), dass, wenn die Siegelung des Nachlasses angeordnet ist und das Bedürfnis es erheischt, ein Güterverwalter für die Verlassenschaft zu ernennen ist. Die Stellung dieses Güterverwalters ist die, dass er vorzüglich darauf zu sehen hat, dass „der Bestand der Verlassenschaft ungeschmälert erhalten bleibe und auch die Rechte sowohl der Gläubiger als auch der Erben gewahrt

---

civile von Tessin eng an das italienische Gesetzbuch an. Auch hat das römische Recht vielfach grossen Einfluss gewonnen, sodass sogar oft das System des ipso jure Erwerbes der Erbschaft verlassen ist. Vgl. hierüber Huber Bd. II S. 347 ff. Doch scheint Huber hierin etwas weit zu gehen. Wenn er nämlich S. 356/7 behauptet, der code civil français folge trotz der gelegentlichen Hervorhebung des Erwerbes von Rechtswegen in der praktischen Gestaltung dem gemeinen Recht, so dürfte dies nicht zutreffend sein. Vgl. art. 724. Zachariae, a. a. O. Bd. IV S. 71, 80.

2. Vgl. hierzu Huber, a. a. O. S. 400 f.

werden." Dieselben Bestimmungen finden sich in Schaffhausen P. G. §§ 1864, 1865; Zug P. G. § 288, 289 und Graubünden P. G. § 480.

Man hat es hier unzweifelhaft mit einem Vermögenspfleger zu tun. Ja, dessen Stellung ist so treffend wie nur irgend möglich fixiert.

In Luzern wird nach dem C. G. § 377, wenn nicht sofort zur Teilung einer Erbschaft geschritten werden kann, vom Gemeinderat für die Besorgung der Verlassenschaft bis Austrags der Sache ein Verwalter (Kurator) bestellt. Auch dieser Verwalter ist ein Vermögenspfleger.

Eine ähnliche Bestimmung enthält das Bürgerliche Gesetzbuch von Aargau.[3]

Um nun noch Beispiele von scheinbar abweichenden Kantonalrechten zu geben, sei auf die von Bern, Freiburg und Neuenburg eingegangen.[4]

Nach dem C. G. von Bern, Satz 503, nach dem art. 899 des C. c. von Freiburg und nach dem art. 767 des C. c. von Neuenburg wird ein Vertreter, der Beistand oder curateur heisst, für den abwesenden Erben ernannt. Hier wäre also der Nachlasskurator ein Personenpfleger. Dies ist aber nur scheinbar. Der Vertreter ist nämlich hier gar nicht ein eigentlicher Nachlasskurator, sondern nimmt etwa dieselbe Stellung ein wie der Pfleger im § 88 des deutschen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit.[5] Dies geht aus den betreffenden Gesetzen hervor. Der Vertreter hat lediglich die Interessen des Erben am Nachlass zu vertreten. Am deutlichsten

---

3. Für Luzern u. Aargau vgl. Bürgerliches Gesetzbuch des Kontons Luzern § 377 und Huber, a. a. O. S. 399/402.

4. Vgl. Huber a. a. O. S. 398—400. Die Rechte von Thurgau und St. Gallen würden ausserdem hierher gehören. Allerdings würde es sich wohl dort nur um eine Vorform der Personenpflegschaft handeln können. Vgl. darüber § 122 des Thurgauer Erbgesetzes d. d. 17. 6. 1839, 11. 2. 1867 und 3. 3. 1885 sowie Huber, a. a. O.

5. Vgl. hierüber unten § 34 zu Anm. 18.

zeigt sich dies im Code civil von Freiburg. Nach diesem Gesetzbuch kann nämlich nicht nur der Erbe, sondern auch ein anderer „intéressé“ einen solchen Kurator erhalten — also z. B. ein Vermächtnisnehmer. Ist dies aber der Fall, so hat man es eben nicht mit einem Nachlasskurator zu tun.

Zusammenfassend lässt sich bemerken, dass der eigentliche Nachlasskurator auch nach Schweizer Recht Vermögenspfleger ist.

§ 28.

Das englische Recht[1] kennt einen Nachlasspfleger als solchen nicht. Seine Funktionen werden durch den executor oder den administrator wahrgenommen. Wenn wir feststellen können, dass dieser ein Vermögensverwalter ist, so ist damit für unsere Zwecke genügend gewonnen. Denn wir haben alsdann ermittelt, dass bei demjenigen Institut, welches der Nachlasspflegschaft entspricht und welches sogar anders als im älteren deutschen Recht ebenfalls in einer Verwaltung durch einen besonders dafür eingesetzten Verwalter besteht, die Fürsorge für das Vermögen der massgebende Gesichtspunkt ist.

Das frühere englische Erbrecht unterschied scharf zwischen Immobilien und Mobilien. War der Erbfall eingetreten, so gingen die ersteren ipso jure auf den Erben über. In die Mobilien dagegen succedierte zunächst der Staat, dieser setzte zu ihrer Verwaltung und Aushändigung an die Berechtigten einen administrator ein, dem dann bis zur Aushändigung das Eigentum an den Mobilien zufiel. Administrator wurden regelmässig dem Erblasser nahestehende Personen, in Ermangelung solcher konnte es ein Erb-

1. Vgl. zum folgenden Heymann, Ueberblick über das englische Privatrecht in v. Holtzendorffs Enzyklopädie S. 836, 837, 844 ff.

schaftsgläubiger werden. Eine Ausnahme hiervon wurde gemacht, wenn der Erblasser einen executor — eigentlich einen Testamentsvollstrecker, dessen Stellung aber eine viel weitergehende war — ernannt hatte. Dann trat dieser an die Stelle des administrator und succedierte vom Erbfall an in die Mobilien des Nachlasses.

Seit der Land Transfer Act von 1897 ist insofern eine Veränderung vor sich gegangen, als der schroffe Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien gemildert ist, indem auch die ersteren durch die Hände des executor oder administrator gehen. Doch sind dieselben bezüglich der Immobilien nicht Universalsuccessoren, sondern — da der ipso jure Erwerb der Erben fortbesteht — nur als trustees Verwalter fremden Rechts.

Der executor und administrator erfüllen die Funktionen des Nachlasspflegers, da sie immer nach eingetretenem Erbfall die Verwaltung und Verwahrung des Nachlasses übernehmen, dies also auch dann tun, wenn durch Unbekanntsein der Erben oder aus ähnlichen Gründen ein besonderes Bedürfnis dafür besteht.

Die hier vorliegende Regelung ist eine Fürsorge für den Nachlass und nicht für die Erben. Die Stellung des executor und des administrator muss eine einheitliche in allen Fällen ihrer Bestellung sein. Diese findet aber nicht nur statt, wenn Gründe in der Person des Erben sie erfordern, sondern eben immer, und es wird gerade die Regel sein, dass die Tätigkeit des executor und des administrator dem Erben höchst unbequem ist. Executor und administrator sind daher neutrale Verwalter, vielleicht die vollendetsten Typen von solchen, wie es bei der jahrhundertelangen kontinuierlichen Entwicklung leicht verständlich ist. Nur so erklärt es sich auch, dass unter Umständen zum administrator ein Nachlassgläubiger ernannt wird. Offenbar wäre dies nicht möglich — in Anbetracht dessen, dass Nachlassgläubiger

und Erbe widerstreitende Interessen haben —, wenn der administrator Vertreter des Erben wäre.

Eine ähnliche Stellung wie der englische administrator hat[2] in Norwegen der Bestyrer of Boet für den Nachlass und in Schweden der Pfleger zur vard des Nachlasses. Wenn auch beide wieder nicht genau dasselbe sind wie unser Nachlasspfleger, so haben sie doch in dem betreffenden Rechtssysteme seine Funktionen. Und so ist die Tatsache, dass beide Vermögensverwalter sind, für uns prinzipiell von Nutzen.

§ 29.

In Ungarn[1] galt seit 1861 wieder das alte national-ungarische Privatrecht an Stelle des österreichischen Rechts. Jetzt ist für die Nachlassbehandlung die neue ungarische Civilprozessordnung von 1868 massgebend.

Nach dieser gibt es eigentlich zwei Arten von Nachlasskuratelen. Zunächst gibt es eine provisorische, welche durch die mit der Todesfallsaufnahme betrauten Beamten d. h. in Gemeinden durch die Ortsobrigkeit resp. den Waisenvater, in den königlich freien Städten, welche einen geregelten Magistrat besitzen, durch die dazu bestellten Beamten dann angeordnet[2] wird, wenn niemand vorhanden ist, in dessen Aufbewahrung und Aufsicht die in der Wohnung des Erblassers sich vorfindenden Sachen ungehindert belassen werden können. Daneben gibt es dann noch die eigentliche Verlassenschaftskuratel (Sequestration), welche vom Gericht angeordnet wird.

---

2. Vgl. Böhm, Handb. d. intern. Nachlassb. Erg. Bd. S. 125, 120.

1. Vgl. zum folgenden Adamkiewicz, a. a. O. S. 148 ff., vor allem aber Putz, Ungarisches Privatrecht, S. 359 ff.

2. Hierin liegt ein Anklang ans österreichische Recht.

Der Charakter beider Arten ist der gleiche und zwar der einer Vermögenspflegschaft.[3]

Dies folgt unter anderem schon daraus, dass der Nachlasskurator nach ungarischem Recht insbesondere ernannt werden soll, wenn der Erblasser minderjährige, geisteskranke oder unter Kuratel gehörende Erben hinterlassen hat. Soll der Nachlasskurator danach also auch den Interessen der Erben dienen, so kann er doch nicht als ihr Vertreter konstruiert werden. Denn gerade in den angeführten Fällen bestände kein Grund, den Erben einen gesetzlichen Vertreter zu beschaffen, da sie in diesen regelmässig schon einen haben. Die Nachlasskuratel muss also ein anderes Mittel als die gesetzliche Vertretung sein, um die Interessen der in den erwähnten Fällen doppelt hilfsbedürftigen Erben wahrzunehmen.

§ 30.

Wenn wir zum Schluss noch kurz auf die slavischen Rechte eingehen, so ist zunächst das russische Recht[1] zu untersuchen, das wegen der grossen Anzahl der unter seiner Herrschaft Lebenden und wegen der ungeheuren räumlichen Ausdehnung des russischen Reiches von ganz besonderer Bedeutung ist.

Sind keine Erben ortsanwesend, so kommt es eventuell zum Erbenaufruf. Melden sich innerhalb eines halben Jahres keine Erben, so gelangt der Nachlass in die Hände der Vormundschaftsbehörde. Es wird alsdann eine Nachlasspfleg-

3. Daneben gibt es dann auch einen Personenpfleger für den unbekannt abwesenden Erben im Falle der Auseinandersetzung wie im F. G. G. § 88.

1. Vgl. Leuthold, Russische Rechtskunde, 1889, S. 81. Daneben auch noch v. Veh, Ueberblick über das russische Privatrecht in v. Holtzendorffs Enzyklopädie, S. 869 ff.

schaft eingesetzt, und das Gericht macht Meldung an die Kassenpalate.[2]

Der Nachlass wird in dieser Weise während 10 Jahren aufbewahrt. Meldet sich auch bis zum Ablauf dieser Zeit niemand als Erbe, dann gilt der Nachlass als erblos und fällt an den Fiskus.

Die geschilderte Regelung deutet darauf hin, dass auch hier die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft ist.[3] Ganz ähnlich wie im deutschen Recht die obrigkeitliche Verwahrung ist hier die Nachlasspflegschaft nur die Vorbereitung des definitiven Anfalls des Nachlasses an den Fiskus. Dass dies schon von vornherein ist, dafür spricht die Anzeige, die gleich anfangs an die Kassenpalate erstattet wird.

Von den Balkanstaaten seien Bulgarien und Montenegro behandelt. In Bulgarien ist massgebend das Erbschaftsgesetz vom 17. Dezember 1899.

Nach Art. 234 desselben hat der Friedensrichter auf Ersuchen der Interessenten oder des Staatsanwalts (öffentliches Interesse!)[4] einen Pfleger zu bestellen. Als dessen Aufgabe wird angegeben, „dass er verwahre und verwalte das Erbschaftsvermögen". Nach diesem Wortlaut hat man es auch hier — besonders auch mit Rücksicht auf die Art der Bestellung — mit einem Vermögenspfleger zu tun.[5]

Das montenegrinische Gesetzbuch[6] vom 23. März 1889 bestimmt in Art. 671:

> „Das Gericht hat, wenn es für notwendig findet, zur Verwaltung jenes Vermögens einen Vormund zu be-

---

2. Unter Umständen kann es schon gleich zur Versteigerung des Nachlasses kommen. Der Erlös wird dann zinsbar angelegt.

3. v. Veh, a. a. O. scheint dies zu leugnen.

4. Wie auch in Frankreich nach dem Code civil.

5. Ich verdanke die Uebersetzung der einschlägigen Bestimmungen des bulgarischen Gesetzes Herrn Privatdozent Dr. Neubecker zu Berlin.

6. Deutsche Uebersetzung von Shek.

stellen, welches nach dem Tode einer Person hinterlassen wird, wenn es unbekannt ist, wem es zufallen wird, oder wenn die Erben abwesend sind. Diese Verfügung erfolgt entweder von Amtswegen oder auf Ansuchen eines Beteiligten.“

Auch hier ist dem Vormund als Wirkungskreis wieder nur die Verwaltung des Vermögens zugeschrieben und kein Wort davon erwähnt, dass er etwa mit dem Erben zu tun habe.

§ 31.

Fasst man das Gesagte zusammen, so erscheint der Nachweis, dass alle anderen Rechtssysteme die Nachlasspflegschaft oder das ihr entsprechende Institut als Vermögenspflegschaft resp. Vermögensfürsorge aufgefasst haben oder noch auffassen, als in vollem Umfange gelungen. Zweifelhaft kann es eigentlich nur hinsichtlich des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Preussischen Vormundschaftsordnng sein. Beide gehören übrigens, was in Anbetracht des auf S. 22 ff. Ausgeführten höchst bedeutsam erscheint, der Zeit des Vorherrschens der liberalen Nationalökonomie an. Diese — sogar in einem derartigen Umfange wunderbare — Einhelligkeit ist ohne Zweifel ein ausserordentlich schwerwiegendes Beweismittel dafür, dass die Nachlasspflegschaft auch im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Vermögenspflegschaft ist.

Da, soweit wir übersehen können, sämtliche in Deutschland vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Geltung gewesenen Rechte auf dem erwähnten Standpunkt standen und zwar auch diejenigen, welche ebenfalls den ipso jure Erwerb der Erbschaft, also mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch die höchstmögliche Verwandtschaft hatten,[1] so lässt sich das Ergebnis

---

1. Dass die Tatsache des ipso jure Erwerbs der Erbschaft bei der Gestaltung der Nachlasspflegschaft im BGB eine Rolle gespielt hat,

der zweiten Erwägung — vgl. oben § 11 — kurz folgendermassen zusammenfassen. Auf Grund der Kontinuität der Entwicklung ist zu erwarten, dass das Bürgerliche Gesetzbuch die Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft konstruiert.

II. Kapitel.

Dogmatischer Beweis.

A. Widerlegung der wichtigsten Gegengründe.

§ 32.

Der dogmatische Beweis, dass die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft ist, wird in der Weise geführt werden, dass, ehe auf die Erörterung der dafür sprechenden Gründe eingegangen wird, eine Widerlegung der wichtigsten Gegengründe versucht werden soll. Es sind dies die Gründe, die, wenn sie durchschlagend wären, jede weitere Untersuchung ausschliessen würden.

Man hat gegen die Auffassung der Nachlasspflegschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch als einer Vermögenspflegschaft vor allem eingewandt,[1] das Bürgerliche Gesetzbuch lege das System zu Grunde: der Tote erbt den Lebendigen, und infolgedessen sei die Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft nicht möglich.

Dieser Einwand erscheint jedoch nicht als stichhaltig.

Zunächst lässt sich rein logisch die Möglichkeit der Nachlasspflegschaft als einer Vermögenspflegschaft auf die

---

geht aus den Motiven Bd. IV S. 545, 546 hervor. Wir kommen hierauf noch zurück.

1. So Motive, Bd. V S. 546; Planck, a. a. O. Vorbemerkung III 5a vor § 1942; Strohal, a. a O. S. 320; Kiehl a. a. O. S. 333.

gleiche Weise erklären, wie überhaupt jede Vermögenspflegschaft. Der Staat kann, wie oben schon besprochen, aus verschiedenen Gründen das Vermögen der Machtsphäre des an ihm Berechtigten entziehen.

Als das schwerwiegendste Argument gegen den gemachten Einwand lässt sich aber die Tatsache anführen, dass eine lange Reihe von Rechten, wie im historischen und rechtsvergleichenden Teil dargestellt wurde, trotzdem sie ebenfalls den Erwerb der Erbschaft von Rechtswegen geschehen lassen, die Nachlasspflegschaft oder das sie ersetzende Institut doch als Vermögenspflegschaft resp. als eine Vermögensfürsorge konstruieren.

Hierher gehören das ganze ältere deutsche Recht, das preussische Recht, der code civil français,[2] der codice civile del regno d'Italia,[3] fast alle Schweizer Kantonalrechte,[4] das englische Recht, soweit es sich um Immobilien handelt,[5] und endlich das russische Recht, wenigstens dasjenige, das im grössten Teile Russlands gilt.[6]

Diese Tatsache scheint bisher noch nirgends hervorgehoben worden zu sein, und doch kann ein Zweifel bezüglich der Konstruktion der Nachlasspflegschaft oder des ihr entsprechenden Instituts bei den angegebenen Rechten doch wohl nur — worauf in dem vorigen Kapitel hingewiesen wurde — hinsichtlich des preussischen Rechts bestehen.

Man hat ferner eingewandt, das Bürgerliche Gesetzbuch kenne nur eine Personenpflegschaft.[7]

---

2. Art. 724.

3. Art. 923.

4. Bei deren Darstellung ist darauf hingewiesen, dass das römischrechtliche System teilweise eingedrungen ist.

5. Es ist oben erwähnt worden, das dann ein Erwerb der Erbschaft von Rechtswegen eintritt.

6. Böhm, Handbuch d. internat. Nachlassbeh. Ergänzungsb. S. 70.

7. Vgl. Planck, a. a. O. Vorbem. vor § 1909; Binder, a. a. O. Bd. I S. 191; Hellwig, C. P. S. 299 weist auf diesen Einwand hin.

Diejenigen, die das sagen, können sich anscheinend auf die Motive berufen — Bd. IV S. 1252. Wie es sich damit verhält, wird sich später zeigen.

Wenn im Folgenden untersucht werden soll, ob dieser Einwand gerechtfertigt erscheint, so ist der Zweck dieser Erörterung, wie noch einmal betont werden mag, nicht, nach Analogieen für die Nachlasspflegschaft zu suchen, sondern die Möglichkeit einer Vermögenspflegschaft im geltenden Recht nachzuweisen.

Dass es überhaupt solche gibt, zeigt ganz allgemein der § 266 Abs. 1 No. 1 St. G. B., welcher von „Güterpflegern" spricht.

Im einzelnen kennt zunächst das Bürgerliche Gesetzbuch schon einen Fall der Vermögenspflegschaft, nämlich die Pflegschaft über ein Sammelvermögen. Auf diese Tatsache weisen sowohl Hellwig gegenüber dem obigen Einwand als auch Hagen[8] hin.

Da diese Auffassung der Pflegschaft über das Sammelvermögen als die herrschende[9] bezeichnet werden kann und selbst von solchen geteilt wird, welche sonst nicht anerkennen,[10] dass es im BGB. eine Vermögenspflegschaft gibt, so genügt es zur Begründung, kurz darauf hinzuweisen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch den Pfleger „zum Zwecke der Verwaltung und Verwendung des Vermögens" bestellt wer-

8. A. a. O. S. 299 resp. S. 78.

9. So Planck, Kommentar z. BGB § 1914 No. 3 S. 659. Er hält dies für eine Ausnahme; Gaupp-Stein, Komm. z. C. P. O. Vorbem. vor § 50 (S. 150) No. 1c (geht indirekt daraus hervor, dass er dem Verwalter eine Parteistellung kraft Amtes gibt). Windscheid-Kipp, Bd. III S. 175; Klemann, Pflegschaft über ein Sammelvermögen, Erlanger Diss. S. 22; Schultzenstein-Köhne, Deutsches Vormundschaftsrecht, S. 307 No. 4 zu § 1914; Böhm, Vormundschaftsr. S. 190 V; Fuchs, Deutsches Vormundschaftsrecht, S. 267 § 64; Schultetus, Vormundschaftsrecht S. 226. Eine ganz andere Auffassung hat Schultze „Treuhänder im bürg. R." Sonderabdruck aus Iherings Jahrbuch Bd. 43 S. 45 vertreten.

10. Vgl. Hellwig C. P. S. 306 Anm. 24.



den lässt, der Wortlaut des Gesetzes also für eine Vermögenspflegschaft spricht und dass kein Grund vorhanden sein dürfte, etwas anderes trotz dieser Vorschrift anzunehmen.

Ein solcher Grund liegt insbesondere nicht in der Tatsache, dass auch der § 1909 BGB von einem „Pfleger zur Verwaltung des Vermögens“ spricht, trotzdem es sich dort unzweifelhaft um einen Personenpfleger handelt. Denn der springende Punkt ist der, dass im § 1909 in demselben Satz deutlich derjenige genannt ist, der als Pflegling in Frage kommt, während dies im § 1914 nicht der Fall ist.[11]

Dagegen spricht auch ferner nicht die Erwägung, dass der Pfleger die Stellung des fortgefallenen Komitees habe, dass dasselbe eine Art Vorstand für den aus den Spendern gebildeten Personenverband sei[12] und dass mithin der Pfleger auch Vertreter der Spender sein müsse; denn obgleich der Pfleger alle Rechte und Pflichten des Komitees hat, hat er dennoch nicht die rechtliche Stellung desselben.[13]

Dies ist um deswillen anzunehmen, weil, wenn für einen fortgefallenen Vorstand etc. durch das Gericht für eine Ersatzperson mit gleicher Stellung gesorgt werden soll, im geltenden Recht diese Ersatzperson sich auch äusserlich durch Namen etc. als diese Stellung innehabend darstellt. So ernennt das Gericht, soweit die erforderlichen Mitglieder des Vorstands eines Vereins fehlen, nach § 29 BGB „Vorstandsmitglieder“.[14] Hier dagegen wird, wenn ein „Komitee“ weggefallen ist, ein „Pfleger“ bestellt. Danach ist nicht vorauszusetzen, dass beim Wegfall des Komitees, das die Spender vertrat, der Pfleger dieselbe Stellung erhält.

---

11. Vgl. Planck, a. a. O. zu § 1914 No. 3.

12. Vgl. Hellwig, CP S. 306; Gierke, D. Privatr. S. 672.

13. Nötig ist dies nicht, sonst gäbe es keine Vermögenspflegschaft bei nicht herrenlosem Vermögen.

14. Etwas Aehnliches findet sich im § 295 Abs. 2 H. G. B. und in den handelsrechtlichen Nebengesetzen.

Wenn Hagen im Bürgerlichen Gesetzbuch ausserdem noch den § 1913 als Fall der Vermögenspflegschaft anführt, so kann ihm darin allerdings nicht beigepflichtet werden. Hier handelt es sich vielmehr[15] lediglich um eine Personenpflegschaft. Hagen hat darauf hingewiesen, dass in diesem Paragraphen „eine Anknüpfung an eine bestimmte berechtigte Person“ nicht zu entdecken ist. Nun ist die Persönlichkeit des Erben allerdings — wenigstens wenn es sich um einen durch ein künftiges Ereignis zu bestimmenden Nacherben handelt — nur nach den allgemeinen Individualisierungsmerkmalen „bestimmt“. Das muss aber auch genügen. Denn wenn der Staat für eine der ihm angehörenden Einzelpersonen sorgen will, kann es ihm ganz gleichgültig sein, wer diese sein wird. Sind die Individualisierungsmerkmale feststehend, so hat er genügend Anhaltspunkte, dass überhaupt jemand in Frage kommen wird. Juristisch konstruiert wird die Personenpflegschaft in der Weise werden müssen, dass der Pfleger zunächst für eine den Individualisierungsmerkmalen genügende Person in abstracto handelt und dass nachher rückwärts die Konkretisierung erfolgt.[16]

Der § 1914 ist aber jedenfalls eine Vermögenspflegschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch. Jetzt wird auch die betreffende Stelle der Motive klar werden. Denn der § 1914 ist ja erst in der II. Kommission in das Gesetz hineingekommen.[17]

Ausserhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs kennt das moderne deutsche Recht noch die Güterpflege nach § 334 St.P.O. als Vermögenspflegschaft. Bezüglich ihrer stehen sich verschiedene Ansichten in der Literatur gegenüber:

---

15. Vgl. Planck, a. a. O. zu § 1913 No. 4.

16. Auch für die Nachlasspflegschaft wird hier nicht geleugnet, dass das logisch möglich ist.

17. Vgl. völlig übereinstimmend Böhm, a. a. O. S. 190.

Silberschmidt[18] hat sich für eine Personenpflegschaft erklärt, Hellwig[19] dagegen für die Vermögenspflegschaft.

Der springende Punkt ist hier, ob man diese Güterpflege für eine Abwesenheitspflegschaft[20] erklären will. Silberschmidt hat das getan, Hellwig leugnet die Möglichkeit auf das entschiedenste. Silberschmidt hat für seine[21] Ansicht das Reichsgericht,[22] Bd. XI S. 188 ff. Dasselbe führt S. 189 aus, dass die Bestimmung des § 334 St.P.O., wonach dasselbe Gericht zur Einleitung einer Güterpflege wie zur Anordnung einer Vormundschaft über Abwesende zuständig sei, zu erkennen gebe, dass das Gesetz den Angeschuldigten einem gewöhnlichen Abwesenden gleich geachtet wissen will. Hellwig weist zur Begründung seiner Ansicht darauf hin, dass „der Angeschuldigte das Verwaltungsrecht verliert, während der abwesende Grossjährige in seiner Dispositionsbefugnis keinerlei Einschränkung erleidet". Dem kann man nur beipflichten. Auch wir erblicken hier eine grundsätzliche Verschiedenheit.

Wenn Hellwig aber weiter sagt, „dass der Zweck nicht dahin gehe, für den flüchtigen Verbrecher zu sorgen", so sind wir zwar dem Wortlaut nach, folgerichtig unserm Standpunkt,[23] seiner Meinung, glauben aber, dass doch das Interesse des Verbrechers gewahrt werden solle. Es dürfte hier einer von den seltenen Fällen vorliegen, wo eine Ver-

---

18. Archiv f. bürg. R. Bd. 15 S. 114 ff.: Die Güterpflege auf Grund der Vermögensbeschlagnahme nach dem geltenden und künftigen Reichsrecht.

19. Anspruch und Klagr. S. 231.

20. Im Sinne des § 1911 BGB.

21. Für eine Personenpflegschaft ist auch Planck, Bd. IV, S. 647, Vorbem. 3 vor § 1909.

22. Anders hat das oberste bayrische Landesgericht am 4. 12. 1890 entschieden. Bd. XIII d. Entsch. S. 226.

23. Hier ist die Personenpflegschaft dahin definiert worden, dass für eine Person gesorgt werden solle.

mögenspflegschaft im Interesse eines Einzigen besteht. Die aussergewöhnlichen Umstände rechtfertigen es.

Die Stellung dieser Vermögensbeschlagnahme im Strafprozess ergibt, dass der Zweck ist, den flüchtigen Verbrecher dazu zu nötigen, sich zu stellen.[24] Hierzu wird das Vermögen seiner Verfügung entzogen. Damit ist der strafprozessuale Zweck erfüllt. Nun will aber der Staat das Vermögen keinen Schaden nehmen lassen, um dem sich stellenden Verbrecher es jederzeit wieder ausantworten zu können. Es erscheint einleuchtend, dass der Staat den Verbrecher nicht mehr schädigen will, als es die Notwendigkeit erfordert. Die Pflegschaft, die er im Interesse des Täters einrichtet, ist — wie sich aus der obigen theoretischen Erwägung ergibt — aber trotzdem eine Vermögenspflegschaft.

Dem steht auch die Erwägung des Reichsgerichts nicht entgegen. Denn die erwähnte Bestimmung des Gesetzes regelt wohl lediglich die Zuständigkeit und bestimmt, dass dem betreffenden Gericht Mitteilung zu machen ist.

So ist denn das Vermögen, das allein in den Händen des Staates ist, Gegenstand der Fürsorge des Pflegers, was übrigens auch nach der ganzen Sachlage als das Nächstliegende erscheint.

Damit ist also noch eine Vermögenspflegschaft im geltenden Recht ausserhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs nachgewiesen.

Es wäre zu wünschen, dass die Praxis Mittel fände, um diese Fälle noch zu vermehren. Es kommt im Leben sehr häufig vor, dass die Vermögenspflegschaft, entsprechend dem oben Ausgeführten, ein notwendiges Erfordernis ist. Infolgedessen werden die wenigen Fälle des geltenden Rechts nicht genügen. Ueberhaupt dürfte die Kasuistik in den Pfleg-

---

24. Löwe, Kommentar zur St. P. O. § 332 No. 1; v. Kries, Strafprozess, S. 330; Beling, Strafprozess, S. 484; Ullmann, Strafprozess, S. 312.



schaftsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Gegensatz z. B. zur preussischen Vormundschaftsordnung § 90 wenig zweckmässig sein.

Hier muss und kann man sich mit dem Vorhandenen begnügen.

Man hat endlich gegen die hier vertretene Ansicht eingewandt, die Tatsache, dass die Handlungen des Pflegers für und gegen den Erben gelten, lasse sich nur erklären, wenn eine Personenpflegschaft vorliege. Dies ist aber nicht der Fall.[25] Vielmehr muss man sich Hellwig vollkommen darin anschliessen, dass die Möglichkeit besteht, die erwähnte Tatsache daraus herzuleiten, dass der Nachlass in die Hände des Erben gelangt, „wie er unter den berechtigten Handlungen des Pflegers geworden ist".[26]

B. Die für die vertretene Ansicht sprechenden Gründe.

§. 33.

An der Spitze einer Erörterung der geradezu für die vertretene Ansicht sprechenden Gründe ist die Frage zu erwägen, ob aus ähnlichen Rechtsinstituten Analogieen herangezogen werden können, ob die Untersuchung von vornherein, wie Hellwig dies tut, in einem weiteren Rahmen geführt werden kann. Zunächst ist zu bemerken, dass Hellwig von einer ganz andern Seite an die Dinge herantritt. Für uns ist folgendes zu sagen.

Derartige Analogieen setzen voraus, dass die betreffenden beiden Rechtsinstitute etwas Gemeinsames (tertium comparationis) enthalten. In dem vorliegenden Stadium der Beweisführung d. h. beim Eintritt in dieselbe müsste man derartiges Gemeinsames finden können, ohne das Institut der

25. Vgl. R. G. Bd. 29, S. 29 ff., wo genau dasselbe ausgeführt ist.
26. Vgl. CP S. 311.

Nachlasspflegschaft zu entwickeln, denn die Analogie soll ja erst dieser Entwicklung dienen.[1] Wenn man in dieser Hinsicht die in Frage kommenden Rechtsinstitute überblickt, so kommt zunächst die Nachlassverwaltung in Frage; denn diese bezeichnet das Gesetz ausdrücklich als „Nachlasspflegschaft" (§ 1975). Diese Bezeichnung deutet die Wesensgleichheit[2] an. Ausserdem muss man bedenken, dass der Name „Nachlassverwaltung" erst spät in das Gesetz gekommen ist; denn früher stand an dieser Stelle schlechtweg „Nachlasspflegschaft".[3] [4]

Nur eine besondere Art der Nachlasspflegschaft ist auch ferner, wie Hellwig[5] u. E. mit Recht hervorhebt, die Verwaltung aus § 2129.

Diese beiden Rechtsinstitute sind aber auch die beiden einzigen, die wir von vornherein als wesensgleich mit der gewöhnlichen Nachlasspflegschaft bezeichnen können. Bei diesen wird es aber auch möglich sein, was scharf festzuhalten ist, ohne weiteres Analogieschlüsse zu ziehen.[6]

Jedoch noch in einer andern Beziehung kann man auch

---

1. Man muss sich vor dem Vorwurf einer petitio principii hüten. Vgl. dazu Binder, a. a. O. Bd. II, S. 106.

2. Für die Wesensgleichheit Hellwig, CP S. 299, Anm. 24; Borcherdt, a. a. O. Bd. III, S. 631, 639; Planck, Bd. V S. 87, Vorbem. vor § 1975, No. 4 b; Sarwey und Rossert, KO. zu § 224. Dagegen Strohal, Erbrecht, S. 476, 320. Er fasst die Stellung des Nachlasspflegers und Nachlassverwalters völlig verschieden auf. Desgleichen Gaupp-Stein, Bd. I, S. 130, Vorbem. I, c vor § 50; Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatr. Bd. IV, S. 651, Anm. 10; Staudinger-Herzfelder, S. 146 zu § 1975, No. IV. Die Verschiedenheit betont auch Cosack, Bd. II, S. 724.

3. So noch im Entwurf II, § 1850.

4. Vgl. auch § 217 KO.: „Nachlassverwalter und ein anderer Nachlasspfleger".

5. CP S. 301.

6. D. h. natürlich nur von dem Wesen des einen auf das Wesen des andern. Jede einzelne Bestimmung des einen Instituts ist nicht auch auf das andere auszudehnen.

von vornherein schon weitergehen, wobei es sich nicht eigentlich um einen Analogieschluss handelt.

Die Anordnung der Nachlasspflegschaft ist nämlich nur eine von den Massnahmen, die aus der „Fürsorge des Nachlassgerichts“ entspringen. Ausserdem kann dasselbe noch andere zur „Sicherung des Nachlasses“ geeignete Mittel ergreifen. Die Tätigkeit des Nachlassgerichts in allen diesen Richtungen ist an dieselben Voraussetzungen[7] gebunden.

Aus diesen Gründen scheint der Charakter der Tätigkeit des Nachlassgerichts, mag diese sich in der einen oder der andern Massnahme äussern, eine einheitliche zu sein. Alle Unterschiede, die zwischen den einzelnen Massnahmen bestehen, dürften so zu erklären sein, dass die Siegelung des Nachlasses eben nicht genau dasselbe ist, wie die Hinterlegung von Geld und die Anordnung einer Pflegschaft,[8] der grosse Gesichtspunkt ist jedoch der gleiche.

Man kann nun die Tatsache, dass das Gesetz die einzelnen Massnahmen verschieden gestaltet und gestalten muss, benutzen, um, wenn sich aus einer dieser ausgestaltenden Bestimmungen etwas für den Grundgedanken ergibt, dieses Ergebnis sofort auf alle anderen Massnahmen auszudehnen.

§ 34.

Es ist oben im § 7 davon gesprochen, dass, wenn der Pfleger den Interessen mehrerer Beteiligten und ausserdem noch einem besonderen öffentlichen Interesse dienen soll, diese Pflegschaft eine Vermögenspflegschaft sein muss. (Kombination der Fälle 2. und 3.) Dass dies bezüglich der Nach-

---

7. Entwurf I hatte dies nicht. Dies änderte die Kommission II. Vgl. Protokolle Bd. V, S. 665.

8. Daher müssen sie auch etwas anderen Grundsätzen unterstehen. Dies ändert nichts am Prinzip.

lasspflegschaft sich so verhält, soll im folgenden nachzuweisen versucht werden. Dies wird die erste Art, unseren Beweis zu führen, sein.

Die Nachlasspflegschaft soll erstens dem Interesse des Erben dienen. Es handelt sich um sein Vermögen. Die Voraussetzungen, an welche die Nachlasspflegschaft geknüpft ist, sind vorhanden, wenn er der Hilfe bedarf.[1]

Noch klarer ist dies bei der Nachlassverwaltung,[2] wo der Erbe die Anordnung beantragen kann (§ 1981), sie also seinen Zwecken dienstbar zu machen im stande ist.

Der Nachlasspfleger soll aber noch anderen Interessen dienen. Zunächst negativ: der Nachlasspfleger soll nicht nur dem Interesse des Erben dienen. Dies erkennt man daraus, dass die Fürsorge des Nachlassgerichts nicht nur dem Interesse des Erben dienen soll,[3] was wiederum aus folgendem hervorgeht: Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält nicht, wie es früher[4] vielfach der Fall war, die Bestimmung, dass der Erblasser die Siegelung des Nachlasses verbieten könne.[5]

Ferner bestimmte der Entwurf I, § 2058 Abs. 2, dass, wenn ein Testamentsvollstrecker vorhanden sei, diesem unter Umständen die Sorge für den Nachlass anvertraut werden müsse. Diese Bestimmung hat die II. Kommission[6] gestrichen. Jetzt kann also auch auf diese Weise der Erblasser die Für-

---

1. Aehnlich ist Stobbe, Deutsch. Privatr., zu verstehen, wenn er S. 34 sagt: „Diesen Bestimmungen und Einrichtungen liegt die Tendenz zu Grunde, dass der Staat für den ordnungsmässigen Uebergang zu sorgen hat“.

2. Vgl. oben § 33 zu Anm. 6.

3. Vgl. oben S. 86.

4. Motive Bd. V, S. 542; Planck, a. a. O. S. 34; Vorbemerkung III, 1 vor § 1942; Strohal, Erbrecht, S. 319[20]; Borcherdt, a. a. O. S. 628.

5. A. L. R. II, 18, § 371 ff.

6. Die Streichung des § 2058 Abs. 2 beruhte nach Prot. Bd. V, S. 665 hauptsächlich auf der Erwägung, dass dieser „selbstverständlich“ sei. Man hat aber durch die Streichung u. E. einen weiteren wenn auch nicht gewollten Anhaltspunkt für die prinzipielle Auffassung geschaffen.

sorge des Nachlassgerichts nicht verhindern. Wenn man diese beiden Tatsachen ins Auge fasst, so erkennt man, dass sie nur dann verständlich sind, wenn die „Fürsorge des Nachlassgerichts“ nicht nur dem Interesse des Erben dienen soll. Wäre das letztere nämlich der Fall, so wäre nicht abzusehen, weshalb der Erblasser, der es ja überhaupt in der Hand hat, den Erben zu bedenken oder nicht zu bedenken, nicht auch diesem selbst nachteilige Bestimmungen treffen könnte.

Es fragt sich nun, welchen anderen Interessen der Nachlasspfleger denn dienen soll.

Zunächst soll er noch das Interesse der Gläubiger fördern, denn jeder einzelne von ihnen kann die Anordnung einer Nachlasspflegschaft zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruches gegen den Nachlass verlangen (§ 1961),[7] ebenso wie die Anordnung einer Nachlassverwaltung (§ 1981, Abs. 2).

Endlich soll der Nachlasspfleger auch öffentliche Interessen wahrnehmen. Dies ergibt sich hier wieder daraus, dass die Fürsorge des Nachlassgerichts solche zu berücksichtigen hat, und hierzu kommt man durch folgende Erwägung: Hat der Staat besondere öffentliche Interessen im Auge, so wird er stets eine viel energischere, weitgehendere Tätigkeit entfalten, als wenn er lediglich mit den Interessen der ihm angehörenden Einzelpersonen rechnet.

Nun glauben wir nachweisen zu können, dass die „Fürsorge des Nachlassgerichts“ von dieser Art ist.

Zunächst beweist es allerdings nichts, dass das Nachlassgericht von Amtswegen tätig wird; denn ebenso verhält

---

7. Diese Vorschrift ist nicht zu strikt auszulegen. So kann auch ein Gläubiger die Bestellung eines Pflegers verlangen, um zuerst mit ihm zu verhandeln und eventuell zu prozessieren. Vgl. K. G. Entscheid. v. 10. 6. 01, Johow, Bd. 22, S. 71 ff. Vgl. auch Bd. 23, S. 205, wo davon gesprochen wird, dass der § 1961 im Interesse des Gläubigers besteht.

es sich auch in anderen Fällen (§ 1913).[8] Aber wir haben es hier in erhöhtem Masse mit einem von Amtswegen Tätigwerden zu tun. Wenn das nach unserem Recht auch nicht so weit geht wie in Frankreich, wo der procureur de la république die Einsetzung eines curateur nachsucht, so sind doch durch zahlreiche Ausführungsgesetze[9] zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Ortspolizeibehörden angewiesen, von jedem Todesfall dem Nachlassgericht Kenntnis zu geben.[10] Es ist also gewissermassen ein amtlicher Ueberwachungsdienst für jeden Nachlass organisiert.

Wann das Nachlassgericht einzuschreiten hat, ist reichsgesetzlich im § 1960 bestimmt. Aber die Zahl der Möglichkeiten kann durch Landesgesetz (Art. 140 BGB) beliebig vermehrt werden, allerdings nur inbezug auf gewisse Massnahmen.[11] Diese Bestimmung stand schon im I. Entwurf (Art. 88), ist aber dann erweitert[12] worden, sodass sie über die ursprüngliche Bedeutung, ein Vorbehalt besonders zu Gunsten des württembergischen Rechts zu sein,[13] hinaus-

---

8. Planck zu § 1913, Nr. 5.

9. Frese, „Die künftige Tätigkeit des Nachlassgerichts" im sächs. Arch. Bd. 9, S. 48. Preuss. Ges. über d. freiw. Gerichtsbarkeit Art. 19.

10. Wenn bezüglich der Einleitung der Vormundschaft über Minderjährige ähnliche Bestimmungen bestehen, so liegen hier wohl ebenfalls besondere öffentliche Interessen vor. Der Staat macht die Sache der Minderjährigen zu seiner eigenen.

11. Dies steht nicht im Widerspruch damit, dass wir oben aus der Gleichheit der Voraussetzungen für die ganze Fürsorge des Nachlassgerichts den Schluss auf die Wesensgleichheit der einzelnen Massnahmen gezogen haben. Denn für unseren Zweck kamen lediglich die reichsgesetzlichen Voraussetzungen in Betracht, die allein für das Wesen des Instituts bestimmend sind. Die landesgesetzlichen, durch das Reichsgesetz zugelassenen Bestimmungen sind lediglich Ergänzungen, und so fassen wir sie — trotz gewisser Bedenken — auch als ausgestaltende Bestimmungen in dem oben erwähnten Sinne auf.

12. Planck, Kommentar zum E. G. Art. 140, No. 1, S. 232.

13. Planck, a. a. O.

geht. Ja, hier ist sogar der Fall möglich, dass das Nachlassgericht einschreiten „soll“, nicht nur, dass es dies „kann“. Von dieser Erlaubnis haben Gebrauch gemacht[14] ausser Württemberg (Art. 89), Baden (R.P.G. § 46), Sachsen-Weimar (§ 237), Sachsen-Altenburg (§ 140).

Die Arten der Sicherungsmassregeln sind ferner ausserordentlich mannigfaltige oder, besser gesagt, das Gericht ist überhaupt völlig unbeschränkt, denn alle aufgezählten Arten sind ja nur Beispiele. Die Eingriffe, die das Gericht in die Sphäre des Einzelnen tun kann — z. B. wenn nur ein Erbe angenommen hat —, sind ausserordentlich einschneidende.[15]

Aus alle diesem folgt, dass die Fürsorge des Nachlassgerichts eine so weitgehende ist, wie sie es nur sein kann, wenn sie sich auf den Nachlass auch als Teil des Volksvermögens bezieht, d. h. wenn der Pfleger auch öffentliche Interessen fördern soll.

Wie oben hervorgehoben wurde, betrachtet heute der Staat das Vermögen seiner Bürger nur dann als Volksvermögen, wenn besondere Umstände vorliegen, welche die Eigenschaft des Vermögens als desjenigen von Privaten zurücktreten lassen. Solche besonderen Umstände liegen hier vor. Wenn das Vermögen nach dem Erbfall bis zum Antritt der Erbschaft auch nicht rechtlich herrenlos ist, so steht ihm doch sein Eigentümer ferner als sonst.[16] Daher entspricht es durchaus den Anschauungen unserer Zeit, dass der Nachlasspfleger auch öffentliche Interessen wahrzunehmen hat.

---

14. Fischer-Henle zu Art. 140. Becher, Ausführungsgesetze. Es handelt sich überall um eigentliche Ausführungsgesetze z. BGB, nur in Baden um das sog. Rechtspolizeigesetz.

15. Vgl. Binder, a. a. O. Bd. I, S. 181.

16. Andere Rechte erkennen dies weit mehr an als das deutsche. So der code civil, wenn er von succession vacante spricht. Vgl. auch den codice civile und bezüglich des Schweizer Rechts Huber, a. a. O. S. 390 ff.



Ist nun bewiesen, dass der Nachlasspfleger den verschiedenartigsten Interessen dienen soll, dann ist also der Schluss daraus zu ziehen, dass die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft ist.

Wenn Dernburg die Konstruktion der Nachlasspflegschaft als Vermögenspflegschaft für das „Zweckmässigste"[17] erklärt hat, und wenn Adamkiewicz (S. 216) von „einer gewissermassen neutralen Stellung des Nachlasspflegers" spricht, so liegen wohl ungefähr dieselben Erwägungen zu Grunde, wie sie an dieser Stelle und im § 4 angestellt sind.

Daneben kann natürlich noch ein Pfleger bestellt werden, welcher nur das Interesse eines der Beteiligten wahrzunehmen hat, ja dies wird sogar oft wünschenswert sein. Der § 1911 BGB gibt dazu eine allgemeine Handhabe, der § 88 F.G.G. regelt einen besonderen diesbezüglichen Fall.[18] Ein solcher Pfleger ist dann Personenpfleger, aber er ist kein Nachlasspfleger.

§ 35.

Ehe im folgenden mehr auf die einzelnen Punkte als auf die Grundgedanken eingegangen werden soll, sei noch folgendes kurz berührt. Es ist gesagt[1] worden, das Bürgerliche Gesetzbuch kenne in einigen Fällen, besonders wenn ein nasciturus Erbe wird, eine hereditas jacens. Wir teilen im

---

17. Preuss. Privatrecht a. a. O. Vgl. auch Hagen a. a. O. S. 79. Aehnliche Gründe mögen auch Bähr bei seinen Vorschlägen S. 163 geleitet haben (Zum Erbr. d. BGB. Arch. f. b. R. Bd. III).

18. Vgl. auch die Darstellung des Schweizer Rechts, und bezüglich des schwedischen Rechts den § 2 der Verordnung vom 24. 9. 1861 (Böhm, Handb., Ergänzungsband S. 121).

1. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 45; Kipp bei Windscheid Bd. III, S. 193/4.

Hinblick auf unseren den Fiktionen gegenüber eingenommenen Standpunkt[2] diese Auffassung.

Dies ist jedoch an dieser Stelle wohl ohne Bedeutung.

Wenn nämlich eine hereditas jacens vorliegt, so folgt daraus noch nicht, dass die Pflegschaft über die hereditas jacens ohne weiteres eine Vermögenspflegschaft ist. Dieselben Erwägungen, die zur hereditas jacens führen, führen auch dazu, das vom Pfleger nach § 1912 verwaltete Vermögen — z. B. das auf Grund der §§ 844 Abs. 2 in Verbindung mit § 843 Abs. 3 erworbene — als herrenlos zu bezeichnen.[3] Der Pfleger aus § 1912 ist aber ein Personenpfleger.[4] Ist es nun möglich, dass ein Pfleger Vermögen im Hinblick auf einen nasciturus verwaltet, das an sich herrenlos ist, und dass er doch Personenpfleger ist, so könnte auch der Nachlasspfleger ein solcher Personenpfleger sein.[5]

§ 36.

Gehen wir auf die einzelnen Punkte ein.

Es wird vor allem dabei oft nachzuweisen sein, dass einige Stellen des Gesetzes im Widerspruch mit der Auffassung des Pflegers als Vertreter des Erben stehen. Wer diese

2. Vgl. unten § 53.

3. Der erwähnte § 1912 spricht von „künftigen“ Rechten.

4. Hellwig, CP S. 293; Schultetus, Vormundschaftsrecht, S. 225; Böhm, das Vormundschaftsrecht des BGB S. 188; In seinen „Verträgen auf Leistungen an Dritte“ hat Hellwig eine etwas andere Anschauung vertreten (a. a. O. S. 244 Anm. 473). Danach war es übrigens nur folgerichtig, wenn er dort aus dem Gesagten bis zu einem gewissen Grade einen Schluss auf die Auffassung der Nachlasspflegschaft überhaupt zog. Vgl. hierzu Binder, a. a. O. Bd. I S. 189.

5. Anders wäre es natürlich, wenn die hereditas jacens begrifflich juristische Person wäre. Dies wurde aber selbst im gem. R. nicht allgemein angenommen. Vgl. Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge, Bd. II, S. 114; Becher, Rechtsrhein. bayr. Landescivil- und Landescivilprozessrecht, Bd. I S. 343.

nicht wie wir als Beweise für die Grundauffassung anerkennt, ist genötigt,[1] sie „als kaum zu erklärende Singularitäten zu betrachten."

Da ist zunächst immerhin erwähnenswert, wenn ihr auch nach der ganzen Sachlage und dem Zusammenhange keine grosse Bedeutung beizumessen ist, die Tatsache, dass das Gesetz den Ausdruck „Nachlasspflegschaft" gewählt hat, der, wenn der Pfleger Vertreter des Erben ist, nicht als der passendste erscheint.[2 3]

Wichtiger ist folgendes.

Es wäre, wie Hellwig[4] u. E. mit Recht ausführt, nicht verständlich, warum an mehreren Stellen die Gesetzbücher dem Nachlasspfleger „neben dem Erben Befugnisse geben", wenn der Nachlasspfleger Vertreter des Erben wäre. Vertreter und Vertretener üben nicht verschiedene Befugnisse aus. Die Bestimmungen wären also überflüssig, wenn der Pfleger Vertreter des Erben wäre, und weil überflüssig leicht missverständlich. Ist der Nachlasspfleger dagegen Vermögenspfleger, so erklären sich die Bestimmungen leicht; denn der Pfleger übt dann nicht die Befugnisse des Erben aus, sondern davon verschiedene, er ist selbständig.

Als solche Bestimmungen zählt Hellwig[5] u. E. mit Recht

---

1. Vgl. Hellwig, CP S. 300. „Alle diese Vorschriften erscheinen von unserem Standpunkt aus als selbstverständlich". Anders z. B. Binder a. a. O. Bd. II S. 108 „Abnorme Rechtsbildungen lassen sich theoretisch schwer verarbeiten, ohne dass sich Rückstände bilden".

2. Vgl. Hellwig, CP S. 299. Adamkiewicz, S. 220. Cosack, Bd II S. 711.

3. Bei der Revision des II. Entwurfs wurden Anträge gestellt, die dem abhelfen sollten. Protokolle Bd. VI S. 338. Statt „Nachlasspfleger" sollte dort das Wort „Pfleger", statt „Nachlasspflegschaft" die Worte „Pflegschaft nach Massgabe des § 1790" gesetzt werden. Diese Anträge wurden der Redaktionskommission überwiesen, aber nicht berücksichtigt.

4. CP S. 300; Anspr. u. Kl. S. 73.

5. CP S. 300; Anspr. S. 73.

auf: CPO § 991, in welchem dem Nachlasspfleger selbständig das Recht zur Beantragung des „Aufgebotsverfahrens zum Zweck der Ausschliessung von Nachlassgläubigern" eingeräumt wird, und § 217 KO, in welchem der Nachlasspfleger als selbständig berechtigt zum Antrag auf Eröffnung des Nachlasskonkurses bezeichnet wird. In diesem Zusammenhang ist auch § 175 ZVG zu nennen, der auf den § 991 CPO zurückgeht.

Nun könnte man hier einwenden: Gerade so gut wie die Ansicht, die den Nachlasspfleger nicht als den Vertreter des Erben betrachtet, die sämtlichen Gesetzesbestimmungen (d. h. nicht nur die augenblicklich behandelten, sondern auch die folgenden Gruppen) als Konsequenzen eines allgemeinen Prinzips auffasst, gerade so gut könnte man hier die besonderen Vertretungsvorschriften als „Konsequenzen jener Generalvertretung", wie Binder[6] sagt, auffassen. Dies ist auch der Standpunkt der Motive S. 551 zu § 2064 des Entwurf I, der beide Bestimmungen umfasste, die des § 991 CPO und des § 217 KO.

Hiergegen ist zu sagen. Wenn die Nachlasspflegschaft keine Personen-, sondern eine Vermögenspflegschaft ist, so ist dies immerhin ein seltener Fall. Häufiger ist — vgl. § 7 — die Personenpflegschaft.

Solche Spezialbestimmungen als Anhaltspunkte für den Grundgedanken empfehlen sich daher sehr. Wird dagegen der Nachlasspfleger als gesetzlicher Vertreter des Erben aufgefasst, so ist, da die Funktionen des gesetzlichen Vertreters genugsam bekannt sind, kein Grund zu besonderen Aufzählungen vorhanden. Uebrigens ist zu bemerken, dass Cosack,[7] ein Vertreter der herrschenden Richtung, den § 217 KO. analog anwendet, um zu begründen, dass der Nachlasspfleger auch die Anordnung der Nachlassverwaltung beantragen

6. A. a. O. Bd. I, S. 197.
7. Cosack, a. a. O. Bd. II S. 723 Anm. 13.

könne, und nicht, wie er nach dem oben Gesagten tun müsste, dies selbständig als eine „Konsequenz jener Generalvertretung“ erklärt.[8]

Für die Nachlassverwaltung ist ein sehr wichtiger zu gunsten der vertretenen Ansicht sprechender Grund der, dass die praktische Notwendigkeit gebietet — Hagen macht dies zum Ausgangspunkt seiner ganzen Erörterung —, dass der Nachlassverwalter mit dem Erben kontrahiert und vor allem prozessiert (§§ 1976, 1978—1980). Ein Prozess zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter als solchen ist aber nicht möglich.[9] [10]

Auch lässt sich vielleicht noch hervorheben, dass in § 241 CPO (§ 246 enthält nur eine kurze Wiederaufzählung) die Nachlassverwaltung ganz scharf im 2. Absatz den Fällen der gesetzlichen Vertretung gegenüber gestellt ist, welche im 1. Absatz behandelt sind.

§ 37.

Der § 2012 BGB Abs. 1 Satz 1—3 und der § 780 CPO enthalten folgende Bestimmungen:

Dem Nachlasspfleger kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden.

Der Nachlasspfleger kann nicht auf die Beschränkungen der Haftung des Erben verzichten.

Der Vorbehalt der Beschränkung der Haftung ist nicht

---

8. Auch Binder, a. a. O. Bd. I, S. 202 scheint einen ähnlichen Schluss zu machen, wenigstens deutet das Wort „folglich“ darauf hin, wenngleich dies infolge des ersten Satzes des betreffenden Absatzes zweifelhaft ist.

9. Vgl. Hellwig Anspruch S. 249 und Hagen a. a. O. S. 75.

10. Planck-Ritgen, Vorbemerkung 4 b vor § 1975 betrachtet für solche Prozesse den Verwalter als Vertreter der Gläubiger. Hierzu Hellwig, Anspr. S. 223. R. G. Bd. 29 S. 29 und dazu Hagen S. 75/76.

erforderlich, wenn das Urteil gegen einen Nachlasspfleger erlassen wird.

Alle drei Bestimmungen sind nach Planck[1] so zu verstehen, dass, da der Nachlasspfleger „berufen ist, das Recht des Erben als solchen zu wahren", ihm die „Möglichkeit einer Schmälerung dieser Rechte entzogen" wird.[2] Es ist also als Erklärung für diese Bestimmungen angeführt, dass der Nachlasspfleger den „Erben als solchen" vertritt.

Mit diesen Bestimmungen sind zusammenzustellen die sich aus § 224 No. 4 — 6 KO ergebenden Folgerungen, nämlich dass die Kostenschulden der Nachlasspflegschaft, die Verbindlichkeiten aus den von einem Nachlasspfleger vorgenommenen Rechtsgeschäften[3] und die für den Erben gegenüber einem Nachlasspfleger entstandenen Verbindlichkeiten — die letzteren allerdings nur unter Umständen — Nachlassverbindlichkeiten sind.[4] Da diese Verbindlichkeiten nicht vom Erblasser herrührende Schulden sind, so können sie, sollen sie Nachlassverbindlichkeiten sein, nur zu der zweiten Gruppe der im § 1967 Abs. 2 BGB genannten Verbindlichkeiten, nämlich zu denjenigen, die den Erben als solchen treffen, gehören.[5] Will also die herrschende Lehre diese Folgerungen für vereinbar mit ihrer Auffassung erklären, so kann sie dies auch wie bezüglich der angeführten ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen nur dadurch tun, dass sie als Grund angibt, der Nachlasspfleger sei Vertreter des „Erben als solchen."[6]

---

1. No. 1 zu § 2012 in Verbindung mit No. 2b. Nach Planck gehören § 780 CPO und § 2012 Abs. 1 Satz 3 zusammen. Planck weist übrigens hier selbst darauf hin, dass die Bestimmungen „positiver Natur" sind. Vgl. oben § 36 zu Anm. 1.

2. Ebenso Strohal, a. a. O. S. 421 für die Inventarfrist.

3. So ausdrücklich Entwurf I z. BGB § 2092.

4. Vgl. Staudinger, Komm. z. BGB zu § 1967 No. II 2b.

5. Vgl. Staudinger, a. a. O.

6. So Binder, Bd. II S. 34. Binder erwähnt allerdings nicht die Kostenschulden (§ 224 No. 4 KO).

Endlich ist in diesem Zusammenhang noch ein Grundsatz aufzuführen, der zwar im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber allgemein als zweifellos anerkannt ist, sodass eine Konstruktion mit ihm im Einklang stehen muss. Es ist der Grundsatz, dass der Pfleger die Erbschaft weder annehmen noch ausschlagen kann.[7] Er sei deshalb mit den obigen Bestimmungen zusammengestellt, weil man auch hier als Grund angeben könnte, dass der Pfleger den „Erben als solchen" vertrete.[8]

Der springende Punkt für das hier Zusammengestellte ist danach, dass der Nachlasspfleger Vertreter des „Erben als solchen" sein soll.

Es soll im Folgenden vom Standpunkt der herrschenden Lehre ausgeführt werden, wie es sich damit verhält. Würde der Nachlasspfleger als Personenpfleger wirklich Vertreter des „Erben als solchen" sein?

Wir möchten dies bezweifeln.

Der Ausdruck „Erbe als solcher" im § 1967 BGB ist zunächst insofern nicht glücklich gewählt, als offenbar auch diejenigen Verbindlichkeiten, welche vom Erblasser herrühren, den „Erben als solchen" treffen.[9] Man muss sich deshalb bei der zweiten Gruppe der Verbindlichkeiten noch hinzudenken, dass diese erst durch oder nach dem Erbfall entstanden sind.[10]

Der Begriff des „Erben als solchen" geht also jedenfalls weiter als es nach dem § 1967 BGB den Anschein hat. Man ermittelt ihn durch folgende Erwägung.

---

7. Allerdings ist zu bemerken, dass das Obertribunal für das A. L. R das Gegenteil annahm. Vgl. die Darstellung des A. L. R. Heute wird man sich hierzu nicht mehr verstehen.

8. Dies könnte dann geschehen, wenn man den Ausdruck „Erbe als solcher" so auffasst, wie es gewöhnlich der Fall ist.

9. Vgl. Strohal, Erbrecht S. 18; Binder, a. a. O. Bd. II S. 32.

10. So klar — worauf Binder a. a. O. hinweist — der Entwurf I § 2092.



Der „Erbe als solcher“ ist zunächst ganz allgemein der Erbe kraft seiner Eigenschaft als Erbe.

Hiermit ist natürlich noch nicht allzuviel gesagt. Es fragt sich vielmehr, wann der Erbe in dieser Erbenstellung in Betracht kommt und wann — denn dies ist wohl der Gegensatz — in seiner sonstigen Rechtsstellung.

Es entspricht unserem Prinzip des Erwerbs der Erbschaft von Rechtswegen, dass der Nachlass als Erbschaft[11] an sich sogleich Vermögen des Erben wird. Soweit dies der Fall ist, steht der Erbe der Erbschaft nicht anders gegenüber als seinem sonstigen Vermögen d. h. also nicht als „Erbe als solcher.“[12]

Wäre der einzige Zweck des Erbrechts,[13] dass der Erbe den Nachlass erhält, so würde dieser zum Vermögen des Erben ohne jede Einschränkung werden, und es wäre damit alles erledigt.

Das ist aber keinesfalls so. Vielmehr soll durch das Erbrecht noch eine ganze Reihe anderer Interessen als die des eigentlichen Erben teils nicht verletzt,[14] teils geradezu gefördert werden.

Hierzu ist es also nötig, dass es bei dem Uebergang des Nachlasses an den Erben nicht sein Bewenden hat. Da nun aber infolge des Erwerbs von Rechtswegen der Nachlass als Erbschaft auf den Erben einmal übergegangen ist, so lassen

---

11. Darüber, dass der Unterschied zwischen Nachlass und Erbschaft nur in der Betrachtungsweise liegt, vgl. Binder, a. a. O. Bd. I S. 13.

12. Vgl. hierzu Cosack a. a. O. Bd. II S. 715; Endemann a. a. O. S. 371. Dagegen meint Staudinger, a. a. O. zu § 1967 2b: „Erbe als solcher bedeutet den Erben als Subjekt des Nachlasses“.

13. Erbrecht hier zur Zusammenfassung des ganzen Rechts, das sich auf den Erbfall bezieht.

14. Dies bezieht sich vor allem auf die Erblasserschulden. Denn der Standpunkt des BGB ist nicht der, dass diese im „Nachlass“ mitenthalten sind und so ohne weiteres auf die Erben übergehen. Die Haftung für die Schulden des Erblassers ist nur eine Folge dieses Uebergangs. Vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 312/3; Binder a. a. O. Bd. I S. 14.

sich alle anderen Folgen des Erbfalls als dieser Uebergang nur in der Weise bezeichnen und feststellen, dass man sie in der Person des Erben eintreten lässt.

In dieser Hinsicht hat dann der Erbe eine andere Stellung als sonst im Rechtsleben, er hat dann wirklich eine besondere Erbenstellung, er ist der „Erbe als solcher".

Somit ist der eben ausgesprochene Satz, dass der „Erbe als solcher" der Erbe kraft seiner Eigenschaft als Erbe sei, dahin zu modifizieren: „Erbe als solcher" ist der Erbe, insoweit ihm mit Rücksicht darauf, dass für das Erbrecht noch andere Interessenten[15] als er in Frage kommen, infolge seines Erbschaftserwerbs eine besonders geartete Stellung im Rechtsleben zukommt.[16]

---

15. Wir vermeiden das Wort „Gläubiger". Im § 1968 BGB sind z. B. teils öffentliche Interessen, teils Pietätsrücksichten massgebend. Einen eigentlichen Gläubiger gibt es hier primär jedenfalls nicht. Wohl aber kann man die Allgemeinheit, den Staat, als Interessent bezeichnen. Endemann, a. a. O. Bd. III, S. 398 fasst dagegen die Verpflichtung des Erben aus § 1968 BGB als vererbte Schuld auf.

16. Die anderen Interessen, welche im Erbrecht in Frage kommen, werden in zweifacher Weise wahrgenommen. Erstens treten infolge des Erwerbs der Erbschaft gewisse Rechtsfolgen in der Person des Erben ein, zweitens wird in gewisser Hinsicht auch noch nach dem Erbschaftserwerb der Nachlass als Befriedigungsobjekt für die Gläubiger betrachtet. Vgl. hierzu Cosack, a. a. O. S. 715. Demgemäss ist nun auch die Stellung des „Erben als solchen" eine zweifache. Zunächst ist er der Erbe, in dessen Person gewisse Rechtsfolgen eintreten. Er ist Schuldner (§ 1967 BGB), und ist derjenige, dem gegenüber einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf den Nachlass beziehen, vorgenommen werden müssen (§ 1959 Abs. 3 BGB). Ausserdem ist er Träger gewisser Verpflichtungen (§ 1968), denen zunächst kein Gläubiger gegenübersteht. Soweit es hierzu notwendig ist, kann er sogar von neuem Verbindlichkeiten eingehen, die dann wieder den „Erben als solchen" treffen. Vgl. hierzu ausführlich Binder, Bd. II S. 38ff. Was dann weiter den Nachlass als Befriedigungsobjekt der Gläubiger betrifft, so ist insoweit der Nachlass unselbständiges Sondervermögen des Erben, da die hierfür im 3. Hauptteil ermittelten Voraussetzungen vorliegen. Die besonderen rechtlichen Schicksale liegen hierbei z. B. darin, dass er

Seine Stellung als „Erbe als solcher“ ist für den Erben also gewissermassen die für ihn vorwiegend ungünstige Kehrseite seines Erbschaftserwerbs.

Damit dass hier die Rücksicht auf andere Interessenten massgebend ist, stimmt es auch durchaus überein, dass überall dort, wo der Ausdruck „Erbe als solcher“ im Bürgerlichen Gesetzbuch vorkommt, dieser Ausdruck den Erben in einer gewissermassen passiven Stellung bezeichnet,[17] und dass er in dem hier hauptsächlich in Frage kommenden Paragraphen, nämlich im § 1967, geradezu Schuldner ist. Wird doch durch eine derartige passive Stellung vor allem den anderen Interessenten gedient, wenn dies auch daneben noch in einer anderen Weise geschieht.[18]

Im Gegensatz zu dem Ausdruck „Erbe als solcher“ spricht nun der § 1960 von demjenigen, „welcher Erbe wird“. Wenn man sich jetzt auf den Standpunkt der herrschenden Lehre stellt, für die ja gerade der Wortlaut des § 1960 die stärkste Stütze ist, so muss man folgerichtig auch dem Wortlaut insofern Beachtung schenken, als der Ausdruck „welcher Erbe wird“ von demjenigen „Erbe als solcher“ abweicht. Somit ist schon aus diesem Grunde, wenn der Nachlasspfleger auch Personenpfleger ist, er dennoch nicht Pfleger des „Erben als solchen“.

Man wende demgegenüber nicht etwa ein, die Worte:

---

der Inventarpflicht des Erben nach §§ 1093 ff. unterliegt, vgl. Binder, a. a. O. Bd. II S. 43. Somit ist der „Erbe als solcher“ noch ferner der Erbe, insoweit er Subjekt des Nachlasses als Sondervermögen ist.

17. Das Wort „Erbe als solcher“ kommt in §§ 1959, 1967 BGB vor (vgl. Gradenwitz, Wortverzeichnis zum BGB). In ähnlichem Zusammenhange findet sich im § 2144 noch „Vorerbe als solcher“.

18. Insoweit der Nachlass Sondervermögen ist — vgl. Anm. 16 — ist der „Erbe als solcher“ Subjekt von Rechten.

Von einer ausgedehnteren, sozusagen aktiven Stellung des „Erben als solchen“ kann man jedoch nur nach unserer — vgl. unten Anm. 21 — Anschauungsweise sprechen; denn danach ist er Subjekt von Rechten n grösserem Masse.

derjenige „welcher Erbe wird“ liessen sich, rein sprachlich betrachtet, durch den Ausdruck „Erbe als solcher“, der ziemlich synonym ist, ersetzen und damit entfiele jede Verschiedenheit. Denn wenn das Bürgerliche Gesetzbuch die Ausdrücke „welcher Erbe wird“ und der „Erbe als solcher“ einmal technisch gegenüberstellt, so wäre — immer vorausgesetzt, dass man an dem Wortlaut streng festhält, was die herrschende Lehre eben tun muss — die durch eine derartige Ersetzung erzielte Uebereinstimmung nur eine rein äusserliche, an dem Gegensatz selbst würde nichts geändert. Identität zwischen dem ersetzenden Ausdruck „Erbe als solcher“ einerseits und dem ursprünglichen andererseits anzunehmen, wäre eine quaternio terminorum d. h. ein logischer Schulfehler.

Zu dieser wörtlichen Auslegung des § 1960 tritt nun aber noch folgendes. Wir haben gesehen, dass der Erbe „Erbe als solcher“ stets mit Rücksicht auf die Interessen anderer ist. Wäre daher der Nachlasspfleger zwar Personenpfleger, aber Pfleger des „Erben als solchen“, so käme man zu dem Ergebnis, dass er den Erben, seinen Pflegling, gerade insofern nicht vertritt, als ausschliesslich dessen Interessen in Frage kämen. Insbesondere hätte der Pfleger für den Erben nicht insoweit zu sorgen, als durch den Erbfall der Nachlass gewöhnliches Vermögen — im Gegensatz zu Sondervermögen — des Erben wird.

Nun ist aber ein Personenpfleger nach dem § 5 Gesagten ein Pfleger, der gerade die Interessen seines Pfleglings wahrzunehmen hat. Folglich würde der Nachlasspfleger, als Pfleger für den „Erben als solchen“ aufgefasst, gerade das nicht tun, worin seine eigentliche Aufgabe bestände, d. h. wir hätten es hier mit einem offenbaren Widerspruch zu tun.

Spricht das Gesagte generell dagegen, dass der Nachlasspfleger, als Personenpfleger aufgefasst, den „Erben als solchen“ vertreten würde, so kommt hierzu noch folgende

spezielle Erwägung. Der Nachlasspfleger kann unzweifelhaft Verbindlichkeiten hinsichtlich des Nachlasses eingehen; dies kann aber der „Erbe als solcher", wie wir später sehen werden, nicht.[19] Folglich wäre es nicht verständlich, wie der Nachlasspfleger zu dieser Befugnis käme.[20]

Wenn man den Nachlasspfleger als Personenpfleger auffasst, so vertritt er also nicht den „Erben als solchen", sondern denjenigen, „welcher Erbe wird". Den Nachlasspfleger lediglich mit dem „Erben als solchen" in Verbindung zu bringen, würde u. E. viel eher einer Auffassung der Nachlasspflegschaft als einer Vermögenspflegschaft entsprechen.[21]

In dem Ausdruck „welcher Erbe wird" liegt zunächst

---

19. Abgesehen von dem schon erörterten Fall des § 1968.

20. Es ergiebt sich folgende Alternative: Entweder der Nachlasspfleger vertritt den „Erben als solchen", dann kann er keine Verbindlichkeiten eingehen, — oder er vertritt den Erben ohne diese Beschränkung, dann werden die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten keine Nachlassverbindlichkeiten. Da aber infolge des § 224 No. 5 K. O. der Nachlasspfleger zwar Verbindlichkeiten hinsichtlich des Nachlasses eingehen kann, diese aber Nachlassverbindlichkeiten sind, so ist diese Regelung überhaupt mit der Annahme, dass eine Personenpflegschaft vorliegt, nicht vereinbar.

21. Wir haben oben Anm. 16 gesehen, dass der „Erbe als solcher" auch der Eigentümer des Nachlasses ist, soweit derselbe als Sondervermögen betrachtet werden muss. Für die herrschende Lehre war dies nicht von allzugrosser Bedeutung, da der Nachlass immer nur in gewisser Beziehung Sondervermögen sein konnte.

Man kann jedoch von dem Standpunkte der Vermögenspflegschaft aus weiter gehen. Wird der Nachlass einer besonderen Verwaltung unterstellt, wie dies bei Einleitung einer Vermögenspflegschaft geschieht, dann ist der Nachlass in jeder Beziehung Sondervermögen und der Erbe steht zu ihm lediglich im Verhältnis des „Erben als solchen." Dann ist der Nachlasspfleger zwar nicht Vertreter des „Erben als solchen", aber seine Tätigkeit hat doch mittelbar, wenn es sich um ein selbständiges Sondervermögen handelt, unmittelbar, wenn es sich um eine Verwaltung kraft Amtes handelt — eine Wirkung nur für den „Erben als solchen".

vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus nur eine Individualisierung. Es wird derjenige bestimmt, der als der Vertretene in Frage kommt. Insofern ist die Wendung etwa ebenso aufzufassen, wie das Wort der „Beteiligte“ im § 1913 in ähnlichem Zusammenhange.[22] Aus den erwähnten Worten und aus dem ganzen Zusammenhange ergibt sich aber noch mehr; es lässt sich auch der Umfang der Pflegschaft — immer natürlich vorausgesetzt, dass sie Personenpflegschaft sein soll — bestimmen. Diese erstreckt sich, soweit der Erbe überhaupt mit der Erbschaft zu tun hat, nicht weiter — eine andere Angelegenheit kann hier nicht in Frage kommen —, aber auch nicht weniger weit. Vor allem hat der Pfleger natürlich den Erben, insoweit der Nachlass dessen Vermögen geworden ist, zu vertreten.

Auf den „Erben als solchen“ bezieht sich die Nachlasspflegschaft nun auch, nur bezieht sie sich eben nicht ausschliesslich auf ihn. Dass die Nachlasspflegschaft sich überhaupt auf den Erben auch unter diesem Gesichtspunkt erstreckt, liegt daran, dass der Pfleger, der die Interessen jemandes wahrzunehmen hat, diesen — was regelmässig in seiner Pflegereigenschaft liegt — auch dann vertritt, wenn durch die betreffende Angelegenheit die Interessen anderer ausgelöst werden und der Pflegling diesen gegenüber eine bestimmte Stellung einzunehmen hat. Insofern dies bei dem Erben der Fall ist, heisst dieser ja aber gerade „Erbe als solcher“.

Der Ausdruck „welcher Erbe wird“, ist also im Ergebnis weiter als die Wendung „Erbe als solcher“ und schliesst diese in sich.

Wir können nun einen Schritt weiter gehen. Wenn der Nachlasspfleger, als Personenpfleger aufgefasst, nicht Vertreter des „Erben als solchen“ ist, so entfällt damit die

---

22. Vgl. die Ausdrucksweise im HGB § 781 „für Rechnung, wen es angeht“.

Erklärung, welche die herrschende Lehre für die oben aufgezählten Erscheinungen gibt. Ist der Nachlasspfleger aber Vertreter desjenigen, „welcher Erbe wird“, so lässt sich nur die Tatsache erklären, dass der Nachlasspfleger die Erbschaft weder annehmen noch ausschlagen kann; denn der Erbe, der noch die Erbschaft annehmen und ausschlagen kann, ist auch nicht derjenige, „welcher Erbe wird“, er ist nicht der endgültig Beteiligte,[23] um den es sich hier handelt.[24]

Alle anderen aufgeführten Erscheinungen sind aber, wenn der Nachlasspfleger Vertreter des Erben, soweit dieser mit der Erbschaft überhaupt zu tun hat, ist, mit der Auffassung des Nachlasspflegers als Personenpflegers nicht vereinbar. Teils wäre es nämlich nicht einzusehen, warum dem Pfleger eine andere rechtliche Stellung[25] zugewiesen würde, als dem von ihm Vertretenen, teils nicht, warum dieser nicht unbeschränkt für seinen Vertreter haften sollte.

23. Deshalb ging auch wohl für das preussische Recht das Obertribunal zu weit.

24. Auch nach Adamkiewicz, a. a. O. S. 219 soll der Nachlasspfleger „nicht den vertreten, der als Erbe noch annehmen oder ausschlagen kann, sondern den, der sich endgültig als der Erbe erweist“.

25. Es bedarf wohl nur der Ausführung, warum der Erbe, wenn er für den Nachlass handelt, nicht nur als „Erbe als solcher“ haftet. Dies — es ist dies übrigens herrschende Ansicht — geht zunächst u. E. daraus hervor, dass er dann unter dem Gesichtspunkt handelt, dass der Nachlass sein Vermögen geworden ist, welches er verwalten will wie auch sein übriges. Es ergiebt sich dies aber auch aus dem § 1978 Abs. 3 BGB. Denn regelmässig — von reinen Realkontrakten abgesehen — werden die Aufwendungen in Erfüllung einer vorher entstandenen Verbindlichkeit geschehen sein. Haftete nun der Erbe für die Verbindlichkeiten, die ihn infolge der Verwaltung des Nachlasses treffen, „als solcher“, so würden diese Verbindlichkeiten Nachlassverbindlichkeiten sein, für welche an sich der § 1979 gilt. Ist nun auch zuzugeben, dass der § 1978 Abs. 3 dem Erben weiter entgegenkommt als der § 1979, mithin nicht überflüssig ist, so muss doch, wenn es sich prinzipiell in beiden §§ um dasselbe handelte, die gänzlich verschiedene Fassung der beiden §§ auffallen.

§ 38.

Nehme man aber selbst einmal an, der Nachlasspfleger sei Vertreter des „Erben als solchen". Selbst dann wären damit die drei gesetzlichen Bestimmungen der §§ 2012, Abs. 1, Satz 1 und 3 BGB und 780 CPO schwer vereinbar.[1]

Es ist schon oben erwähnt worden, dass nach Planck, da der Nachlasspfleger „berufen ist, die Rechte des Erben als solchen zu wahren", ihm die „Möglichkeit einer Schmälerung dieser Rechte entzogen" wird.

Wenn man nun einmal annimmt, dass der Nachlasspfleger Pfleger des „Erben als solchen" ist, so muss man — da man alsdann den Begriff „Erben als solchen" weiter fasst —, zugeben, dass das Recht auf beschränkte Haftung — dieses wäre das beim Fortfallen der drei erwähnten Bestimmungen möglicherweise durch den Nachlasspfleger beschränkte Recht — ein Recht des „Erben als solchen" ist. Eine andere Frage ist es dagegen, ob denn der Schluss Planck's richtig ist, durch den er diese beiden als richtig zugegebenen Tatsachen in Verbindung bringt.

U. E. müsste gerade umgekehrt, wenn das Recht auf beschränkte Haftung dem „Erben als solchen" zustände, und der Nachlasspfleger Vertreter des „Erben als solchen" wäre, dem Nachlasspfleger eine Schmälerung dieses Rechts möglich sein. Gewiss ist es logisch möglich, dass die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters in einzelnen Beziehungen beschränkt wird, wie dies z. B. beim Vormund der Fall ist.

Beschränkungen dieser Art werden aber nur dann vom Gesetz angeordnet, wenn sie sich aus ganz besonderen,

---

1. Hellwig beruft sich auf diese Bestimmungen, um seine Ansicht zu vertreten, besonders auf die, dass dem Pfleger keine Inventarfrist gesetzt werden kann. Anspr. S. 73; C. P. S. 300.

meist sehr schwer wiegenden Gründen rechtfertigen lassen. Sie sind immerhin eine Durchbrechung des Regel.

Zu einer solchen Durchbrechung liegt aber hier kein Anlass vor. Wenn der Nachlasspfleger gesetzlicher Vertreter des Erben wäre, so ist kein Grund vorhanden, die dem Erben nachteiligen Konsequenzen dieser Vertretung abzuwehren, und zwar gerade Konsequenzen von der Art — wir sprechen hauptsächlich von der Inventarerrichtungspflicht[2] —, wie sie das Rechtsverhältnis, in dem ihn der Pfleger vertreten soll, typisch im gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit sich bringt. Es wäre u. E. nach der ganzen Sachlage nur billig, dass er auch die Nachteile hätte.

Sonach ist, auch wenn der Nachlasspfleger Vertreter des „Erben als solchen“ wäre, die Auffassung des Nachlasspflegers als Personenpflegers mit diesen drei gesetzlichen Bestimmungen schwer vereinbar.

Alle im § 37 zusammengefassten Bestimmungen etc. sind dagegen erklärlich, sobald man sich auf den Boden der hier vertretenen Ansicht stellt.

Der Pfleger hat dann unmittelbar mit dem Erben überhaupt nichts zu tun, und so kann die Nachlasspflegschaft ein nach besonderen Grundsätzen geregeltes Institut sein. Dies ist der Schlüssel zur Hebung aller Schwierigkeiten.

§ 39.

Stellt man sich nun aber wiederum einmal auf den Standpunkt, dass durch den Nachlasspfleger die Rechte des „Erben als solchen“ nicht geschmälert werden sollten, dann wäre wieder der § 2017 nicht zu erklären. Er bestimmt, dass wenn eine Nachlasspflegschaft angeordnet ist, die Fristen der §§ 2014, 2015, Abs. 1 mit der Bestellung beginnen, d. h. nicht nur gegen den Nachlasspfleger, sondern

2. Ueber den Verzicht könnte man vielleicht anders denken.

auch zu ungunsten des Erben, wenn dieser nachher annimmt.[1] [2]

Hier würde der Umstand, dass eine Nachlasspflegschaft besteht, die Rechte des „Erben als solchen" dennoch schmälern. Dass in den oben behandelten Fällen die Schmälerung durch eine Handlung oder Unterlassung des Pflegers — z. B. Versäumung der Inventarfrist —, und hier nur durch die Tatsache, dass die Frist zu laufen begonnen hat, erfolgt, ist lediglich scheinbar. Denn wenn man es sich überlegt, hätte in beiden Fällen der Pfleger Schuld, dass er die ihm gesetzte Frist nicht ausgenutzt hat. Auch die Folgen sind qualitativ die gleichen. In dem einen Fall würde der Erbe das Recht der dauernden Haftungsbeschränkung, in dem andern das Recht der zeitweiligen Verweigerung verlieren. In dem einen Fall aber würde nach der herrschenden Lehre dem Erben ein Nachteil erwachsen in dem andern nicht. Das ist ein weiterer angreifbarer Punkt dieser herrschenden Lehre.

Von unserem Standpunkte aus erklärt sich übrigens der § 2017 wieder ganz einfach. Der Pfleger hat eine besondere Stellung, ihm gegenüber läuft an sich die Frist selbständig.[3] Wenn dies jedem, auch dem Erben, gegenüber

---

1. Strohal, S. 437; Planck, Bd. V S. 152 zu § 2017 No. 1.

2. Hellwig, C. P. S. 300 macht von diesem § 2017 einen andern Gebrauch.

3. Dies ist hier möglich. Dass dagegen eine Inventarfrist dem Pfleger selbständig nicht gestellt werden kann und dass dieser den Nachlassgläubigern über den Bestand des Nachlassers lediglich Auskunft zu erteilen hat (§ 2012 Abs. 1 S. 2 BGB) erklärt sich aus Folgendem. Der Nachlass ist während der Nachlasspflegschaft mit dem Vermögen des Erben noch nicht vermischt und der Erbe hat noch nicht das Verwaltungsrecht in Bezug auf dem Nachlass — vgl. § 40 zu Anm. 10 —. Daher ist für die Gläubiger noch keine nennenswerte Gefahr vorhanden, dass Erbschaftsgegenstände bei Seite gebracht werden. Das Gesetz ist dem Nachlasspfleger gegenüber nicht in gleicher Weise misstrauisch wie gegenüber dem Erben. Infolgedessen genügt es, so lange eine Nachlasspflegschaft besteht, wenn die Gläubiger über den Bestand des Nach-

angerechnet wird, so beruht das darauf, dass der Erbe den Nachlass in jeder Hinsicht so übernimmt, wie er unter den Händen des Pflegers geworden ist.[4]

Besonders erwähnenswert erscheint auch der § 41 GBO, aus ihm geht offenbar hervor, dass der Pfleger nur mit dem Nachlass zu tun hat.

§ 40.

Der Vertreter kann kein Recht haben, welches der Vertretene nicht hat. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Vertretung; leitet der Vertreter doch seine ganze rechtliche Stellung von der des Vertretenen ab. Könnte man daher nachweisen, dass der Nachlasspfleger Rechte hätte, welche dem Erben nicht zustehen, so wäre dies ein neuer Grund gegen die herrschende Lehre.

Es ist hier vom Verwaltungsrecht in bezug auf den Nachlass und von dem durch Hellwig so genannten Prozessführungsrecht zu sprechen.[1]

Das Folgende gilt allerdings zunächst nur für den Fall, dass der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat.[2] Eine oder die andere von den gesetzlichen Bestimmungen oder den sich aus ihnen ergebenden Folgerungen mag zwar auch nach der Annahme gelten. Aber dies wird daraus zu

---

lasses Auskunft erhalten, und es bedarf weder eines unter Mitwirkung der Behörde aufgenommenen Inventars, noch der Androhung derartiger Nachteile, wie sie bei Versäumung der Inventarfrist eintreten.

4. Vgl. oben § 32 zu Anm. 26.

1. Das Verwaltungsrecht in bezug auf ein Vermögen umfasst die Befugnis zu tatsächlichen Massnahmen und Rechtshandlungen. Hinsichtlich dieses Vermögens ist „Prozessführungsrecht“ „die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs“. Vgl. Hellwigs Aufsatz „Prozessführungsrecht und Prozessführungsmacht“ Sonderabdruck aus der Zeitschr. D. Recht S. 4 und — wenn auch in der Terminologie anders — C. P. S. 317.

2. Vgl. Hellwig, der einen Unterschied macht, S. 294 Anm. 11.

schliessen sein, dass die Nachlasspflegschaft eine Vermögenspflegschaft ist. Als Beweismittel dafür, dass sie dies ist, können die ausgedehnten Bestimmungen nicht dienen.

Hat man dann durch diese Bestimmungen einen Schluss auf das Wesen der Nachlasspflegschaft vor der Annahme — die übrigens bei weitem die Hauptform[3] ist — gezogen, so wird man trotzdem einen Rückschluss auf das Wesen der Nachlasspflegschaft überhaupt machen können. Dies ist ist etwas von dem früher Erwähnten wesentlich Verschiedenes und beruht auf der Erwägung, dass die Nachlasspflegschaft in allen ihren verschiedenen Formen den gleichen Charakter besitzt.

Es könnte vielleicht fraglich erscheinen, ob man hinsichtlich der Stellung des Erben zum Nachlass vor der Annahme nicht einen Unterschied machen müsste zwischen dem Fall, dass der provisorische Erbe die Erbschaft annimmt, und dem, dass er sie ausschlägt. Müsste dies geschehen, dann käme hier lediglich der erste Fall in Frage, denn der Nachlasspfleger würde ja nach der herrschenden Lehre von vornherein den definitiven Erben vertreten. Einen derartigen Unterschied zu machen, erscheint aber nicht richtig. Zwar ist die Auffassung des Gesetzes die, dass, wenn die Erbschaft ausgeschlagen wird, der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt (§ 1953, Abs. 1 BGB.). Aber diese Rückwirkung, wenn es zur Ausschlagung kommt, kann es nicht ungeschehen machen, dass in der Zwischenzeit doch ein Anderer Erbe war. Sie könnte höchstens alle rechtlichen Folgen beseitigen. Es verhält sich hier ähnlich, wie man es oben bei dem Anfall der Erbschaft an einen nasciturus hat sehen können.

Andererseits[4] wird auch der Erbe, welcher später an-

---

3. Ist der Erbe unbekannt, so wird ja meistens zugleich der Fall vorliegen, dass er die Erbschaft nicht angenommen hat.

4. Eine ähnliche Gegenüberstellung macht Binder, a. a. O. Bd. I S. 156.

nimmt, vor dieser Annahme nicht die volle Erbenstellung haben können.[5] [6] Muss sich doch der provisorische Erbe stets sagen, dass er vielleicht nicht definitiver wird. Er muss sich dies sagen, obgleich es lediglich von ihm abhängt, ob er es wird. Ist doch auch für ihn vor der Annahme regelmässig eine Ungewissheit vorhanden; denn sobald er entschlossen ist, wird er zur Annahme schreiten.

Diese beiden Erwägungen bestimmen die Stellung des Erben vor der Annahme. Sie ist eine einheitliche,[7] ganz gleich, ob der Erbe später annimmt oder ausschlägt. Die Grundlage dieser Stellung ist die, dass der Erbe sich stets gegenwärtig halten muss, dass er ausschlagen kann und dass es dann zur Rückziehung nach § 1953 Abs. 1 kommt.

Diese Regelung erscheint auch als diejenige, welche im Interesse der Verkehrssicherheit geboten ist. Denn Dritte, welche mit dem provisorischen Erben zu tun haben, dürfen prinzipiell[8] nicht von der Annahme oder Ausschlagung betroffen werden.

Die Stellung des provisorischen Erben ist nun keineswegs, wie man etwa daraus, dass er auf eine Rückziehung gefasst sein muss, annehmen könnte, eine solche, dass sie nichts mit der des definitiven Erben gemeinsam hat. Denn

---

5. Endemann, a. a. O. Bd. III S. 352 betont „diese innere Unfertigkeit der Rechtszustände". Diese muss nach ihm „von allen Beteiligten beachtet werden." So weit, wie hier im Text gegangen ist, geht Endemann allerdings nicht.

6. Vgl. Hellwig, C. P. S. 296, und Prot. II Bd. V S. 662: „Der Anfall der Erbschaft" stellt „nicht ohne Weiteres eine solche Verbindung zwischen den beiden Vermögen her, dass der Nachlass in jeder Beziehung als Vermögen des Erben zu gelten hätte". In anderen Rechten ist die eigentümliche Rechtslage noch deutlicher zum Ausdruck gebracht. Vgl. § 34 Anm. 16.

7. Abweichend Köhne-Feist, Nachlassbehandlung, S. 235.

8. Vgl. unten Anm. 19. Nach dem dort Gesagten wird jedoch nicht etwas ungültig, was bis dahin gültig war, sondern was bis dahin ungültig war, wird unter Umständen gültig.

die Rückziehung kann nur — wie wir sahen — alle rechtlichen Folgen vernichten, sie muss es nicht tun. Im Interesse der Erhaltung des Nachlasses wird sich eine solche absolute Rückziehung nicht empfehlen.

Sonach ist die Stellung eines provisorischen Erben eine mittlere. Er hat zwar in gewisser Weise die Stellung eines definitiven, aber eben nur in gewisser Weise.

Das Gesetz trifft eine Regelung in doppelter Art. Der provisorische Erbe, der später die Erbschaft ausschlägt, wird einerseits dem definitiven in gewisser Weise gleichgestellt; dem provisorischen Erben, der später annimmt, sind andererseits ausdrücklich gewisse Rechte oder Pflichten des definitiven Erben entzogen. Bestimmungen der ersten Art sind die des § 1959 BGB, die der letzteren diejenigen der §§ 207, 1958 BGB und 239 CPO.

Weiter zu gehen, hat das Gesetz, dessen Aufgabe es ja regelmässig nicht ist, zu konstruieren, keine Veranlassung. Es muss sich in unserem Falle damit begnügen, wenn es die notwendigen Anordnungen getroffen hat — notwendig, weil sonst eine andere Regelung statthaben würde —, und wenn es dadurch gewissermassen von zwei verschiedenen Seiten her die Annäherung an ein Mittel festgelegt hat. Der Auslegung bleibt es dann naturgemäss überlassen, dieses Mittel näher festzustellen.

Der provisorische Erbe hat zunächst kein uneingeschränktes Verwaltungsrecht.[9] Dies geht schon daraus

9. Vgl. Hellwig, C. P. S. 297 und Anspr. u. Klagr. S. 225. Er führt als einen Grund dafür, dass dem Erben das Verwaltungsrecht nicht zusteht, an: Der Pfleger kann sonst „die ihm gestellten Aufgaben nicht erfüllen“. Wenn wir ebenso sagten, würden wir auf einen früheren Punkt unserer Beweisführung (§ 34), der in sich abgeschlossen sein soll, zurückgreifen. Wir sahen: Die Nachlasspflegschaft wird im Interesse verschiedener Personen angeordnet; ist dies der Fall, so ist sie unbedingt eine Vermögenspflegschaft. Die von Hellwig angestellte Erwägung ist für uns alsdann teils eine von den Argumentationen, die den allgemeinen, in §§ 6, 7 behandelten Schluss, teils eine von denen, die unseren speziellen Nachweis vermitteln.

hervor, dass man zwar noch nicht in jeder Verwaltungshandlung eine stillschweigende Annahme zu erblicken braucht, dass man aber doch das völlige Schalten wie ein Eigentümer als eine stillschweigende Annahme betrachten und daher dem provisorischen Erben eine dahingehende Möglichkeit nicht einräumen wird.

Der provisorische Erbe hat aber wohl überhaupt kein eigentliches Verwaltungsrecht.[10] Bestimmt doch der § 1959, Abs. 1:

> „Besorgt der Erbe vor der Ausschlagung erbschaftliche Geschäfte, so ist er demjenigen gegenüber, welcher Erbe wird, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet."[11]

Wer aber die Stellung eines Geschäftsführers ohne Auftrag hat, ist nicht der Verwaltungsberechtigte. Dass der Erbe andererseits nur „wie" ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet ist, liegt daran, dass er doch zunächst immer für sich handelt, was ja bei dem Geschäftsführer ohne Auftrag nicht der Fall ist. Aus dem § 1959 Abs. 1 geht danach immerhin hervor, dass der provisorische Erbe das Recht hat, erbschaftliche Geschäfte zu besorgen,[12] soweit deren Besorgung im Interesse desjenigen, der Erbe wird, liegt. Ein eigentliches Verwaltungsrecht ist dies jedoch nicht.

Die Stellung des provisorischen Erben nach aussen[13] ergibt sich vor allem aus dem § 1959 Abs. 2 und 3. Nach Abs. 2 hat der provisorische Erbe über einen Nachlassgegenstand nur dann das Recht zu verfügen, wenn die Verfügung nicht ohne Nachteil für den Nachlass verschoben werden kann, und nach Abs. 3 kann dasjenige Rechtsgeschäft

---

10. Vgl. die vorige Anmerkung bezüglich der Literatur.

11. Hiermit ist auch der § 1978, Abs. 1, Satz 2 zusammenzustellen.

12. Vgl. Hellwig, C. P. S. 298: „Der deliberierende Erbe führt eigene Geschäfte".

13. Vgl. hierzu Planck zu § 1959, No. 1.

dem provisorischen Erben gegenüber vorgenommen werden, welches dem „Erben als solchen“ gegenüber vorgenommen werden muss.[14]

Auch das Prozessführungsrecht[15] fehlt dem provisorischen Erben. Bezüglich des passiven bestimmt es der § 1958 BGB[16] ausdrücklich. Hinsichtlich des aktiven geht es aus dem ausserordentlich wichtigen § 207 BGB hervor. Wenn nämlich der Erbe vor der Annahme klagen könnte, dann wäre es nicht gerechtfertigt, eine Hemmung der Beendigung der Verjährung eintreten zu lassen. Hieran könnte auch der von den Motiven[17] Bd. I, S. 324 angeführte Grund, dass der provisorische Erbe zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet sei, ein zum Nachlass gehörendes Recht geltend zu machen, nichts ändern. Denn der provisorische Erbe kann nicht nur in der gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes nachlässig sein. Gegen eine sonstige Nachlässigkeit ist aber der definitive Erbe keineswegs geschützt.[18] Es steht durchaus im Belieben des provisorischen Erben, ob er die erbschaftlichen Geschäfte wahrnehmen will oder nicht (§ 1959 Abs. 1). Durch eine dieser sonstigen Nachlässigkeiten kann aber ein viel höherer Schaden erwachsen als gerade durch die Unterlassung der Erhebung einer Klage. Somit bestände, wenn der provisorische Erbe überhaupt das

---

14. Dies sind alle einseitigen Rechtsgeschäfte, welche auf den Nachlass Bezug haben. Hellwig, C. P. S. 297. Vgl. unsere obigen Ausführungen in § 37 zu Anm. 17.

15. Vgl. Hellwig, C. P. a. a. O.

16. Dieser § ist nicht so zu verstehen, dass er nur ein Einrederecht des Erben begründet. Vgl. Köhne-Feist, a. a. O. S. 236; Hellwig, C. P. S. 298; Eccius, Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten bei Gruchot, Bd. 43, S. 605; Strohal, a. a. O. S. 316; Binder, Bd. I, S. 159. Änderer Ansicht Planck, a. a. O. zu § 1958, No. 1, 2; Fischer-Henle zu § 1958.

17. Vgl. ebenso Planck zu § 207, No. 1.

18. Eine Entschädigungspflicht des provisorischen Erben kommt hier nicht in Frage.



aktive Prozessführungsrecht hätte, kein Grund zu der erwähnten Vorschrift des § 207. Dafür, dass dem provisorischen Erben das Prozessführungsrecht fehlt, ist endlich noch der § 239, Abs. 5 CPO. anzuführen.

So hat also der provisorische Erbe, ganz gleich,[19] ob er später annimmt oder nicht, kein eigentliches Verwaltungsrecht, sondern nur gewisse ganz beschränkte Rechte.

Der Nachlasspfleger dagegen hat regelmässig[20] ein richtiges Verwaltungsrecht. Er hat damit auch das Prozessführungsrecht, da dies nach Hellwig ein Ausfluss des Verwaltungsrechtes ist. Dass es dem Pfleger zusteht, ist übrigens noch ausdrücklich in den §§ 1960 Abs. 3 BGB. und 243 CPO. hervorgehoben.[21]

Danach ist eine grosse Verschiedenheit zwischen der Stellung des provisorischen Erben und der des Nachlasspflegers vorhanden. Diese Verschiedenheit ist sogar eigentlich eine noch grössere, weil, wenn die Nachlasspflegschaft eingeleitet ist, der Erbe noch weniger Rechte dem Nachlass gegenüber hat. Er hat nämlich dann noch nicht einmal die S. 111 ff.

---

19. Mit dieser Gleichstellung steht es übrigens nicht im Widerspruch, dass, wenn der Erbe später annimmt, Verfügungen, zu denen er vorher kein Recht hat, Gültigkeit erhalten; zu diesem Ergebnis dürfte man durch eine analoge Anwendung des § 185, Abs. 2, BGB gelangen. Zwischen der analogen Anwendung dieses § und der Annahme eines Verwaltungsrechts von vornherein liegt ein grosser prinzipieller Unterschied. Vgl. hierzu Hellwig, C. P. S. 297.

Auch die Tatsache, dass nach § 1959, Abs. 1 der provisorische Erbe, der ausschlägt, dem definitiven Erben gegenüber die Stellung eines Geschäftsführers ohne Auftrag hat, dürfte als eine solche später eintretende Tatsache betrachtet werden. Der § 1959, Abs. 1 hat einen doppelten Charakter. Einmal lässt sich aus ihm ein Schluss für das Recht des provisorischen Erben überhaupt ziehen, und in diesem Sinne haben wir ihn oben benutzt. Daneben hat er aber noch die hier erwähnte Bedeutung.

20. Ob er es immer hat, kann dahingestellt bleiben. Vgl. Strohal, a. a. O. S. 321. Es kommt hier lediglich anf das Prinzip an.

21. Vgl. Hellwig, C. P. S. 297; Hagen, a. a. O. S. 84.

ermittelten beschränkten Rechte — vgl. S. 114 —, welche ihm sonst als provisorischen Erben zustehen würden. Dies konnte jedoch hier nicht Berücksichtigung finden. Vielmehr durfte lediglich die Stellung des provisorischen Erben unabhängig von dem Vorhandensein einer Nachlasspflegschaft ins Auge gefasst werden. Denn die geringeren Rechte des Erben, wenn eine solche eingeleitet ist, ergeben sich — in Anbetracht dessen, dass die Vermögenspflegschaft begrifflich in einer besonderen Verwaltung besteht[22] — als eine Folge der Auffassung der Nachlasspflegschaft als einer Vermögenspflegschaft. Sie als ein Argument dafür zu gebrauchen, dass die Nachlasspflegschaft eine solche ist, wäre daher nicht angängig.

Was endlich die Nachlassverwaltung und die Verwaltung aus § 2129 BGB. anlangt, so ist ausdrücklich gesagt, dass der Erbe das Verwaltungsrecht nicht hat, während der Pfleger es hat (§§ 1984, 2129 Abs. 1).

§ 41.

Ganz besonders scheint es auch für die vertretene Ansicht zu sprechen, dass man sonst zu Konsequenzen gelangt, die nicht annehmbar erscheinen.

Hierher gehört zuerst, wie auch Adamkiewicz hervorhebt,[1] die Tatsache,[2] dass der Pfleger den Erben ermitteln muss. Es ist nämlich höchst seltsam, dass sich „der Vertreter denjenigen zu suchen hat, den er vertritt".

Wichtiger ist folgendes. Kipp bei Windscheid, der ja der Ansicht ist, der Pfleger sei Vertreter des Erben, kommt bei der Entwicklung seiner Ansicht zu einem Ergebnis, das,

---

22. Vgl. oben § 8.

1. Vgl. die obigen Ausführungen zum A. L. R. im § 22 zu Anm. 4.

2. Binder, Bd. I S. 194; Planck, Vorbem. 5 c *α* vor § 1942; Weissler, Das deutsche Nachlassverfahren, S. 110.

wenn wir recht sehen, auch nicht annehmbar erscheint. Er meint nämlich,[3] dass, wenn für eine Erbschaft ein preussisches Grundstück im Werte von mehr als 5000 M. erworben wird und der Definitiverbe eine juristische Person wird, welche in einem anderen Bundesstaate ihren Sitz hat, „sich der Erwerb als der Genehmigung des preussischen Staates bedürftig“ darstellt.

Wenn nun die Möglichkeit überhaupt gegeben ist, dass eine derartige juristische Person, wenn auch erst als Spätberufener, Erbe wird, so wird dann in gewisser Beziehung die Tätigkeit des Pflegers lahm gelegt werden. Denn selbstverständlich wird sich niemand darauf einlassen, mit ihm ein derartiges Geschäft abzuschliessen, wenn er auf eine Nichtbestätigung gefasst sein muss. So werden die Näherberufenen geschädigt.

Eine weitere nicht annehmbare Konsequenz ergibt sich mit Rücksicht auf § 750 CPO.

In diesem Paragraphen ist bestimmt, dass die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind.

An diesem Erfordernis der namentlichen Bezeichnung muss streng festgehalten werden. Die Personen der Beteiligten sollen — in Anbetracht dessen, dass es sich um einen bedeutsamen Eingriff in eine Rechtssphäre handelt —, so festgestellt werden, dass nicht der geringste Zweifel besteht. Demgemäss bestimmt auch die Preussische Anweisung für Gerichtsvollzieher im § 48, dass die Vorschriften der Civilprozessordnung inbezug auf die Vollstreckungstitel „genau zu beachten“ sind.[4]

---

3. Windscheid-Kipp, Bd. III S. 194.

4. Auf die Bestimmungen der Anweisung für Gerichtsvollzieher weist Hagen a. a. O. S. 85 mit Recht hin. Vgl. hierzu auch Petersen Kommentar zur CPO zu § 750 No. 3.

Es sind danach mit Rücksicht auf diesen § 750 CPO. zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Die Person des Gläubigers, der vollstrecken will, und diejenige des Schuldners, gegen den vollstreckt werden soll, sind im Urteil namentlich bezeichnet. Dann lässt der Gläubiger sich auf diese Personen eine Vollstreckungsklausel erteilen und die Zwangsvollstreckung kann sogleich eingeleitet werden.

2. Die Person des Gläubigers, der vollstrecken will, oder des Schuldners, gegen den vollstreckt werden soll, ist im Urteil nicht namentlich bezeichnet. Dann muss es dem betreibenden Gläubiger darum zu tun sein, dass diese Bezeichnung in der Vollstreckungsklausel geschieht.

Hier gibt es wieder mehrere Möglichkeiten:[5]

a) Nach den §§ 727—729 CPO. kann in genau umschriebenen Fällen, falls die Voraussetzungen dazu durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden können, eine vollstreckbare Ausfertigung für und gegen einen im Urteil nicht Bestimmten auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden.

b) Können in diesen genau umschriebenen Fällen die Voraussetzungen zur Umstellung der Vollstreckungsklausel nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden, so muss derjenige, der die Vollstreckung einleiten will, Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel in der gewünschten Form erheben (§ 731 CPO.).

c) In allen anderen Fällen muss eine gänzlich neue Klage[6] erhoben werden.

---

5. Nach Gaupp-Stein, Kommentar zur CPO § 750 No. II hat in gewissen Fällen der Gerichtsschreiber selbständig die Aufgabe in die Vollstreckungsklausel die Namen von Personen einzusetzen, welche in dem Urteile nicht namentlich bezeichnet sind. Vgl. unten Anm. 15.

6. Einer solchen steht nicht, wie Binder a. a. O. Bd. I S. 202 meint, die Einrede der Rechtskraft entgegen. Denn die neue Klage betrifft

Fasst man nun den Nachlasspfleger als Vertreter des Erben auf, so kann, wenn es während der Nachlasspflegschaft zum Prozesse kommt, diejenige Prozesspartei, welche der Nachlasspfleger vertritt, im Urteil nicht namentlich bezeichnet werden.

Denn wenn Weissler, ein Anhänger der herrschenden Lehre, ausführt:[7] Es empfehle sich eben mit Rücksicht auf § 750 CPO., falls es sein kann, den Prozess gegen den namentlich zu bezeichnenden Erben, vertreten durch den Nachlasspfleger zu richten, so ist demgegenüber zu sagen: In keinem der Fälle des § 1960 BGB. besteht während der Dauer der Nachlasspflegschaft die Gewissheit, wer Erbe wird. Es kann höchstens eine mehr oder weniger grosse Wahrscheinlichkeit in Frage kommen. Wollte man auf diese Wahrscheinlichkeit hin eine bestimmte Person als Erben benennen, so wäre für den Fall, dass sich nachher doch ein Anderer als Erbe herausstellt, eine Verwirrung zu besorgen. Daher dürfte der Vorschlag Weisslers auch schon pracktisch undurchführbar sein.

Dass die Person des Vertretenen im Urteil nicht genannt werden kann, ist allerdings vom Standpunkte der herrschenden Lehre eine Ausnahme. Denn in den Fällen der gesetzlichen Vertretung ist es regelmässig möglich[8] das Rubrum so abzufassen: A (bestimmter Name) vertreten durch den B (bestimmter Name). Aus diesem Unterschied dürfte sich aber noch kein Angriffspunkt gegen die herrschende Lehre ergeben, besonders da es noch einen anderen Fall der Pflegschaft gibt, wo die Dinge ebenso liegen. Es ist dies der

---

zwar das gleiche Rechtsverhältnis wie das abgeurteilte, verlangt aber nicht den gleichen Rechtsschutz wie den gewährten. Vgl. hierzu Hellwig C. P. S. 171 ff.

7. In seinem Buche „Nachlassverfahren“ S. 108. Aehnlich Seuffert, Kommentar zur C. P. O. zu § 728 No. 3.

8. Vgl. Binder a. a. O. Bd. I S. 202.

§ 1913 BGB, wenn unbekannt oder ungewiss ist, wer bei einer Angelegenheit der Beteiligte ist.

Man kann ebenfalls nicht, wie folgt, argumentieren: Wenn ein Urteil während einer gesetzlichen Vertretung ergangen ist, dann ist es ohne weiteres auch für und gegen den Vertretenen vollstreckbar. Folglich ist auch das während der Nachlasspflegschaft erlassene Urteil für und gegen den Erben vollstreckbar;[9] dies steht aber im Widerspruch mit § 750 CPO., da die Person des Erben im Urteil nicht genannt ist.[10]

Bei einer derartigen Schlussfolgerung gibt der Ausgangspunkt zu Bedenken Anlass. Denn dass ein Urteil, welches während einer gesetzlichen Vertretung ergangen ist, für und gegen den Vertretenen vollstreckt werden kann, folgt nicht aus dem Wesen der gesetzlichen Vertretung, sondern ist nur gewöhnlich deshalb der Fall,[11] weil regelmässig der Vertretene im Urteil genannt, also dem Erforderniss des § 750 CPO. genügt ist. Kann aus besonderen Gründen der Vertretene nicht im Urteil genannt werden, dann kann auch mit Rücksicht auf § 750 CPO. für und gegen den Vertretenen nicht vollstreckt werden.[12]

Ausserdem würde, wollte man auf die geschilderte Weise argumentieren, auch das Urteil, welches während der Pflegschaft über einen ungewissen Beteiligten (§ 1913 BGB.) ergeht, ohne weiteres für und gegen diesen vollstreckbar sein müssen, und dies würde ebenfalls im Widerspruch mit § 750 CPO. stehen. Einen Unterschied zwischen der Nachlasspfleg-

9. Diese Folgerung zieht Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 610.

10. Vgl. hierzu Hellwig Anspruch S. 259 Anm. 12.

11. Dieser Ansicht ist auch Binder a. a. O. Bd. I S. 201.

12. In dem umgekehrten Falle, wenn das Urteil für oder gegen eine nicht processfähige Person lautet, tritt nach Gaupp-Stein zu § 750 II an Stelle der Partei für die Vollstreckung der gesetzliche Vertreter, ohne dass es dessen Erwähnung in der Klausel bedarf. Dasselbe gilt nach Gaupp-Stein beim Wechsel in der Vertretung. Vgl. hierzu auch Seuffert, Kommentar zur C. P. O. § 750 No. 2.

schaft und der Pflegschaft nach § 1913 zu machen, wäre aber in diesem Zusammenhange nicht möglich; nämlich deshalb nicht, weil es sich nicht wie unten um Zweckmässigkeitsfragen, sondern um solche prinzipieller Natur handeln würde. Vgl. unten S. 121.

Aus dem Gesagten folgt, dass wenn auf ein Urteil hin, welches während der Nachlasspflegschaft ergangen ist, für oder gegen den Erben vollstreckt werden soll, die Vollstreckungsklausel auf den Namen des Erben abgestellt werden muss.[13]

Weder durch Herbeiführung einer Anordnung des Vorsitzenden, noch durch Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel in veränderter Form kann es bewirkt werden, dass in die Klausel der Name des Erben aufgenommen wird, denn die §§ 727 ff., welche die diesbezüglichen Fälle eng umschreiben — vgl. S. 117 — enthalten keine Bestimmungen hierüber.[14]

Ebenso verhält es sich hinsichtlich der Pflegschaft aus § 1913 BGB.

So muss denn,[15] wenn der Nachlasspfleger Personen-

---

13. Dafür dass nicht ohne weiteres aus einem solchen Urteil vollstreckt werden kann, vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 259 Anm. 12. Binder a. a. O. S. 202. Anderer Ansicht Strohal a. a. O. S. 320.

14. Vgl. Weissler a. a. O. S. 108. Anderer Ansicht vom Standpunkte der herrschenden Lehre Seuffert Kommentar zur C. P. O. zu § 728 No. 3. Er will den § 728 Abs. 2 analog anwenden und kommt danach zu dem Ergebnis, dass falls das Erbrecht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden kann, eine Anordnung des Vorsitzenden zur Umstellung der Klausel genügt. Vgl. auch Binder a. a. O. Bd. I S. 202. Dass die hier in Frage kommende gesetzliche Bestimmung einer analogen Anwendung fähig ist, meint auch Wach, Handbuch des C. P. S. 529, Anm. 25, jedoch noch bezüglich der alten C. P. O. Dass die alte C. P. O. einen solchen Analogieschluss leichter zuliess als die neue, hebt Binder a a. O. mit Recht hervor,

15. Gaupp-Stein a. a. O. führt aus, — zu § 727 I — dass der Gerichtsschreiber selbständig die Klausel auf den Namen des Erben stellen könne, wenn das Urteil während der Nachlasspflegschaft ergangen

pfleger und ein Urteil während der Nachlasspflegschaft ergangen ist, eine gänzlich neue Klage erhoben werden — vgl. S. 117 —, damit für oder gegen den Erben vollstreckt werden kann. Auch bei der Pflegschaft aus § 1913 ist eine neue Klage notwendig.

Diese Konsequenz entspricht nun — und damit kommen wir auf unseren Ausgangspunkt zurück — nicht den praktischen Bedürfnissen und vor allem nicht bei der Nachlasspflegschaft. Muss es doch insbesondere als unzweckmässig erscheinen, dass, wenn das Urteil während der Nachlasspflegschaft ergangen ist, die Vollstreckungsklausel für oder gegen den namentlich zu benennenden Erben auf eine andere Weise zu stande kommen soll, als wenn das Urteil für oder gegen den Erblasser lautet (§ 727 CPO.). Allerdings besteht ein Unterschied zwischen diesem und dem uns beschäftigenden Fall insofern, als es sich hier um die Zwangsvollstreckung für oder gegen einen anderen als den im Urteil Erwähnten handelt, während, wenn eine Nachlasspflegschaft stattgefunden hat, und man den Nachlasspfleger als Vertreter des Erben auffasst, nur die nähere Bezeichnung desjenigen übrig bleibt, bezüglich dessen das Urteil schon ergangen ist. Aber eine Aehnlichkeit liegt doch insofern vor, als die Art der hier wie dort vorzunehmenden Ermittlungen die gleiche ist, da in beiden Fällen dieselbe Feststellung getroffen werden muss, nämlich, wer die Erben sind. Diese Aehnlichkeit erscheint gross genug, um den angestellten Vergleich zu rechtfertigen.

---

ist. Vgl. oben Anm. 5. Es kann nun ganz dahin gestellt bleiben, ob dem Gerichtsschreiber eine Befugnis, wie sie ihm Gaupp-Stein zuerkennt, in einfach liegenden Fällen zusteht. Im vorliegenden Fall wird eine derartige Selbständigkeit des Gerichtsschreibers schon deshalb nicht möglich sein, weil die Prüfung, wer Erbe geworden ist, gar häufig zu verwickelt sein wird, und weil insbesondere zuviel rechtliche Gesichtspunkte dabei in Frage kommen, als dass der Gerichtsschreiber diese Prüfung allein vorzunehmen im stande ist.

Es ist an dieser Stelle noch kurz zu begründen, dass die erwähnte Konsequenz wirklich nur diejenige einer Auffassung der Nachlasspflegschaft als Personenpflegschaft ist.

Ist die Nachlasspflegschaft Vermögenspflegschaft, dann ist der Pfleger entweder Organ des mehr oder minder personifizierten Nachlasses oder Verwalter kraft Amtes. Im ersteren Falle ist der Erbe eine Art Rechtsnachfolger dieses Nachlasses und der § 727 findet daher unmittelbar auf ihn Anwendung. Im zweiten Falle wird man den Erben analog[16] einem Rechtsnachfolger[17] zu behandeln und dann den § 727 ebenfalls auf ihn anzuwenden haben.

Die Anwendung der Vorschrift des § 727 ist also in jedem Falle die Folge, wenn man den Nachlasspfleger als Vermögenspfleger auffasst.

Dieser Paragraph bietet das richtige Mittel zwischen allzu grosser Rechtsunsicherheit und allzu grosser Schwerfälligkeit. Die Anwendung dieses Paragraphen bewirkt auch, dass es keinen Unterschied bezüglich der Art der Erteilung der gewünschten Vollstreckungsklausel macht, ob ein Urteil während der Nachlasspflegschaft ergeht, oder ob es gegen den Erblasser ergangen war. Vgl. S. 121.

Von allen unannehmbar scheinenden Konsequenzen scheint endlich die bedenklichste die zu sein, dass der Erbe, wäre der Nachlasspfleger sein Vertreter, für dessen zu Schadensersatz verpflichtende Handlungen persönlich haften würde.[18]

---

16. So weit wird man gehen dürfen, wenn auch im allgemeinen die §§ 727 ff strikt zu interpretieren sind. Vgl. Hellwig, Anspr. S. 259.

17. Vgl. R. G. Bd. 53, No. 3, Gaupp-Stein, Kommentar zur C. P. O. § 727 No. III für den Verwalter kraft Amtes.

18. Vgl. auch Hellwig Anspruch und Klagrecht S. 242 Anm. 25, C. P. O. S. 300 und Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 87. Diesem erscheint die Konsequenz so unannehmbar, dass er lediglich aus diesem Grunde den Nachlasspfleger nicht für einen Personenpfleger hält.

Von anderer Seite wird diese Konsequenz übrigens gezogen, so von Endemann, Einführung in das Studium des BGB Bd. III S. 356, Staudinger-

Dass diese Konsequenz unerwünscht ist, wird auch von einer Seite[19] zugegeben, von der die Nachlasspflegschaft als Personenpflegschaft aufgefasst wird.

Diese Konsequenz erscheint aber unausweichlich.[20] Eine besondere Bestimmung wie die des § 224 No. 5 KO. bezüglich der von dem Nachlasspfleger eingegangenen Verbindlichkeiten fehlt hinsichtlich der zu Schadensersatz verpflichtenden Handlungen. Eine Analogie lässt sich auch nicht ohne weiteres ziehen.[21]

Infolgedessen ist man darauf angewiesen, auf die Stellung des Nachlasspflegers zurückzugehen. Nun wurde oben ausgeführt, dass der Nachlasspfleger, als Personenpfleger aufgefasst, Vertreter des Erben in seiner gewöhnlichen Rechtsstellung, nicht des „Erben als solchen" ist. Danach würde der Erbe nach § 278 BGB. für die Handlungen des Pflegers ebenso haften wie für seine eigenen. Für diese haftet er aber persönlich[22] und nicht als „Erbe als solcher". Folglich würde

---

Herzfelder, Komm. zu § 1960 No. 4 b, Planck-Ritgen, Komm. zu § 1978 No. 3.

19. Vgl. Strohal a. a. O. S. 322, 323. Die dort angeführten Gründe, insbesondere den Hinweis auf den Fiscus, halten wir für vollkommen stichhaltig.

20. Vgl. hierzu Schollmeyer, Komm. zum Recht der Schuldverhältnisse zu § 278, 1a.

21. Wäre dies möglich, so wäre nicht einzusehen, weshalb sich Strohal a. a. O. S. 323 die Mühe nimmt, nachzuweisen, warum die zu Schadensersatz verpflichtenden Handlungen Nachlassverbindlichkeiten erzeugen.

22. Dies ist herrschende Ansicht. Vgl. z. B. Strohal a. a. O. S. 322, Anm. 30 und Binder a. a. O. Bd. II, S. 47. Ob daneben noch der Nachlass haftet, wie dies Strohal will, oder nicht, kann hier nicht erheblich sein.

Die herrschende Ansicht lässt sich zunächst durch das oben aufgestellte Prinzip beweisen, dem zufolge der Erbe überhaupt nur „Erbe als solcher" ist, wenn und soweit das Interesse Anderer es verlangt. Denn wenn der Erbe zu Schadensersatz verpflichtende Handlungen vornimmt, so fördert er damit nicht derartige Interessen, sondern schädigt

er auch für die Handlungen des Nachlasspflegers persönlich haften.[23]

Fassen wir[24] das Gesagte zusammen, so glauben wir den oben S. 35 geforderten Beweis geführt zu haben.

---

sie vielmehr regelmässig. Hierzu tritt noch folgende spezielle Erwägung. Die zu Schadensersatz verpflichtenden Handlungen sind zu trennen in solche, welche Dritten, insbesondere dem einzelnen Gläubiger gegenüber begangen werden, und solche, welche dadurch begangen werden, dass der Erbe den Nachlass nachlässig verwaltet und so den Gläubigern in ihre Gesamtheit gegenüber, falls es zur Nachlassverwaltung oder zum Nachlasskonkurs kommt, ersatzpflichtig wird (§ 1978, Abs. 1 BGB.). Mindestens in dem letzteren Falle müssen die Handlungen des Erben diesen unzweifelhaft persönlich verpflichten. Denn sonst käme man zu dem Ergebnis, dass, weil die Ansprüche der Gläubiger nach § 1978 Abs. 2 als zum Nachlass gehörend gelten, dieselbe Forderung eine Nachlassforderung und, weil sie den „Erben als solchen“ treffen würde, gleichzeitig eine Nachlassverbindlichkeit wäre.

23. Anderer Ansicht Strohal a. a. O. S. 323, u. E. aber eben mit Unrecht. Strohal unterscheidet übrigens auch nicht zwischen den beiden Arten von zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen. Wenn man aber — wie Strohal — prinzipiell den „Erben als solchen“ für den Nachlasspfleger haften lassen will, so ist eine derartige Unterscheidung unbedingt notwendig.

Dass Strohal übrigens bei der Entwicklung seiner Ansicht gerade auch an den Fall gedacht hat, dass den Erben durch Verschulden des Pflegers eine Verantwortlichkeit aus § 1978 Abs. 1 trifft, geht daraus hervor, dass er als von der seinigen abweichende Anschauung diejenige Planck's citiert und dass dieser jedenfalls an einer der angegebenen Stellen von der Verantwortlichkeit aus § 1978 spricht (Strohal a. a. O. S. 322 Anm. 28. Planck-Ritgen zu § 1978 No. 3).

24. Wenn Adamkiewicz (S. 212) anführt, die Nachlasspflegschaft als Personenpflegschaft stimme damit nicht überein, dass in den von Deutschland mit dem Auslande abgeschlossenen Verträgen der vom Konsul eingesetzte Verwalter des Nachlasses im Namen des Konsuls handle, so ist dazu zu sagen: Ganz abgesehen davon, dass es sich hier nicht um eine eigentliche Nachlasspflegschaft handelt und also höchstens eine Vorform in Frage kommt, bestimmt jetzt neuerdings der zwischen Deutschland und Brasilien (R. G. Bl. 99 S. 551) abgeschlossene

Danach lässt sich als Ergebniss feststellen: Die Nachlasspflegschaft ist eine Vermögens- keine Personenpflegschaft.

Vertrag Art. 4 gerade das Gegenteil. Die Beweiskraft der anderen wird dadurch kompensiert.

Thesen.

I.

Die Dekretale Alexanders III., welcher das cap. 18 X de jure patronatus 3,38 enstammt, ist aus den zeitgenössischen englischen Verhältnissen zu erklären. Die Dekretale hatte den Fall im Auge, dass der Landesherr oberster Patron aller Kirchen des Landes war.

II.

Die Tatsache, dass das Bürgerliche Gesetzbuch ein Nutzungspfandrecht bei Grundstücken nicht kennt, hindert nicht denselben wirtschaftlichen Erfolg wie durch ein Nutzungspfandrecht durch Bestellung einer Hypothek und eines Niessbrauches zu erreichen.

III.

Die Ausübung des landesherrlichen Abolitionsrechts ist auch dann zulässig, wenn die Strafsache bereits in der Revisionsinstanz beim Reichsgericht anhängig ist.

IV.

Der Satz, dass unverschuldete nachträglich eintretende Zahlungsunfähigkeit den Verzug nicht ausschliesst, stammt nicht aus dem römischen Recht her.

V.

Der Sachsenspiegel steht noch auf dem Standpunkt des Personalitätsprinzips. Doch finden sich schon einige wenige Spuren vom Vordringen des Territorialitätsprinzips.

VI.

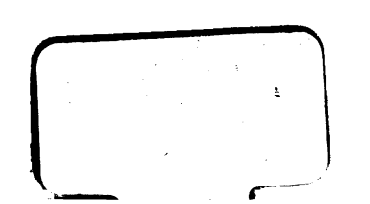
Die Geschichte des Artikels Ssp. Ldr. III 71 spricht zu Gunsten der besonders von Homeyer vertretenen Ansicht, dass der Deutschspiegel auf einer niederdeutschen Handschrift des Sachsenspiegels beruht.

Lebenslauf.

Am 19. Oktober 1881 wurde ich, Hans Walter Goldschmidt, Sohn des Rentiers Robert Goldschmidt und seiner Ehefrau Emilie geb. Bressler zu Berlin geboren. Ich bin evangelischer Konfession. Meinen Vater entriss mir am 14. Juni 1901 der Tod.

Vom Jahre 1890 bis 1900 besuchte ich das Königliche Französische Gymnasium zu Berlin. Hierauf habe ich 6 Semester, in Freiburg i. B. (1 Semester) und Berlin (5 Semester) die Rechte studiert. Ich hörte die Vorlesungen der Herren Professoren und Doktoren: Bornhack, v. Bortkiewicz, Brunner, Burchard, Fuchs, Gierke, Goldschmidt, Hübler, Kahl, Kohler, v. Liszt, v. Martitz, Rümelin, Schmidt, Schmoller, Schwartz, Sering, Wagner und nahm an den Seminarien und Uebungen der Herren Professoren und Doktoren: Brunner, Dickel, Hellwig, Heymann, Hübler, v. Liszt, Neubecker, Schwartz, Seckel, Sering, Wagner, v. Wenkstern teil. Am 8. Juni 1903 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung beim Königlichen Kammergericht, am 14. Februar 1905 das Rigorosum vor der juristischen Fakultät der Kgl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. Seit dem 23. Juni 1903 arbeite ich als Referendar im Justizdienst.

Allen meinen hochverehrten Herren Lehrern, insbesondere den Herren Mitgliedern der Berliner juristischen Fakultät, erlaube ich mir, für das mir unausgesetzt zu teil gewordene rege Wohlwollen an dieser Stelle meinen ehrfurchtsvollen Dank auszusprechen.




Digitized by Google